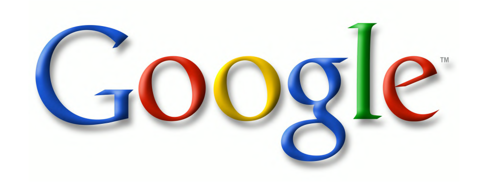







LAW





CODE DE COMMERCE

—

DROIT MARITIME

—

TOME TROISIÈME

Aix. Achille Makaire, imprimeur-éditeur, rue Thiers, 2.

COURS
DE
DROIT MARITIME

PAR

M. CRESP

Ancien Professeur à la Faculté de Droit d'Aix, Avocat
Chevalier de la Légion d'Honneur

ANNOTÉ, COMPLÉTÉ ET MIS AU COURANT DE LA JURISPRUDENCE LA PLUS RÉCENTE

PAR AUGUSTE LAURIN

Professeur de Droit Commercial à la Faculté de Droit d'Aix
et à la Faculté des Sciences de Marseille
Avocat à la Cour d'appel

Disjecti membra poetæ

ASSURANCES MARITIMES

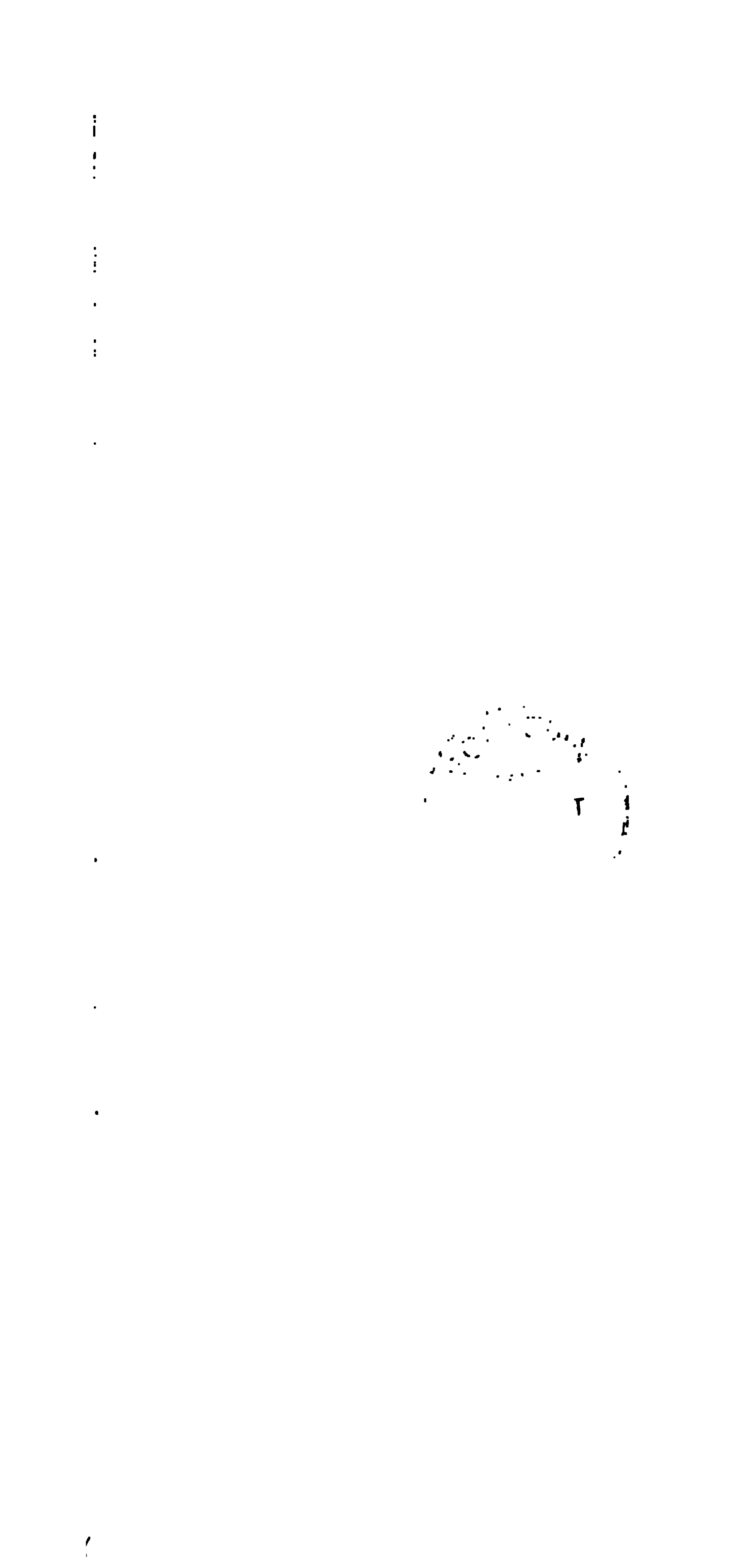
TOME PREMIER

(Art. 332 à 396 C. Comm.)

PARIS
LAROSE ET FORCEL, LIBRAIRES
22, RUE SOUFFLOT, 22

AIX
ACHILLE MAKAIRE, LIBRAIRE
2, RUE THIERS, 2

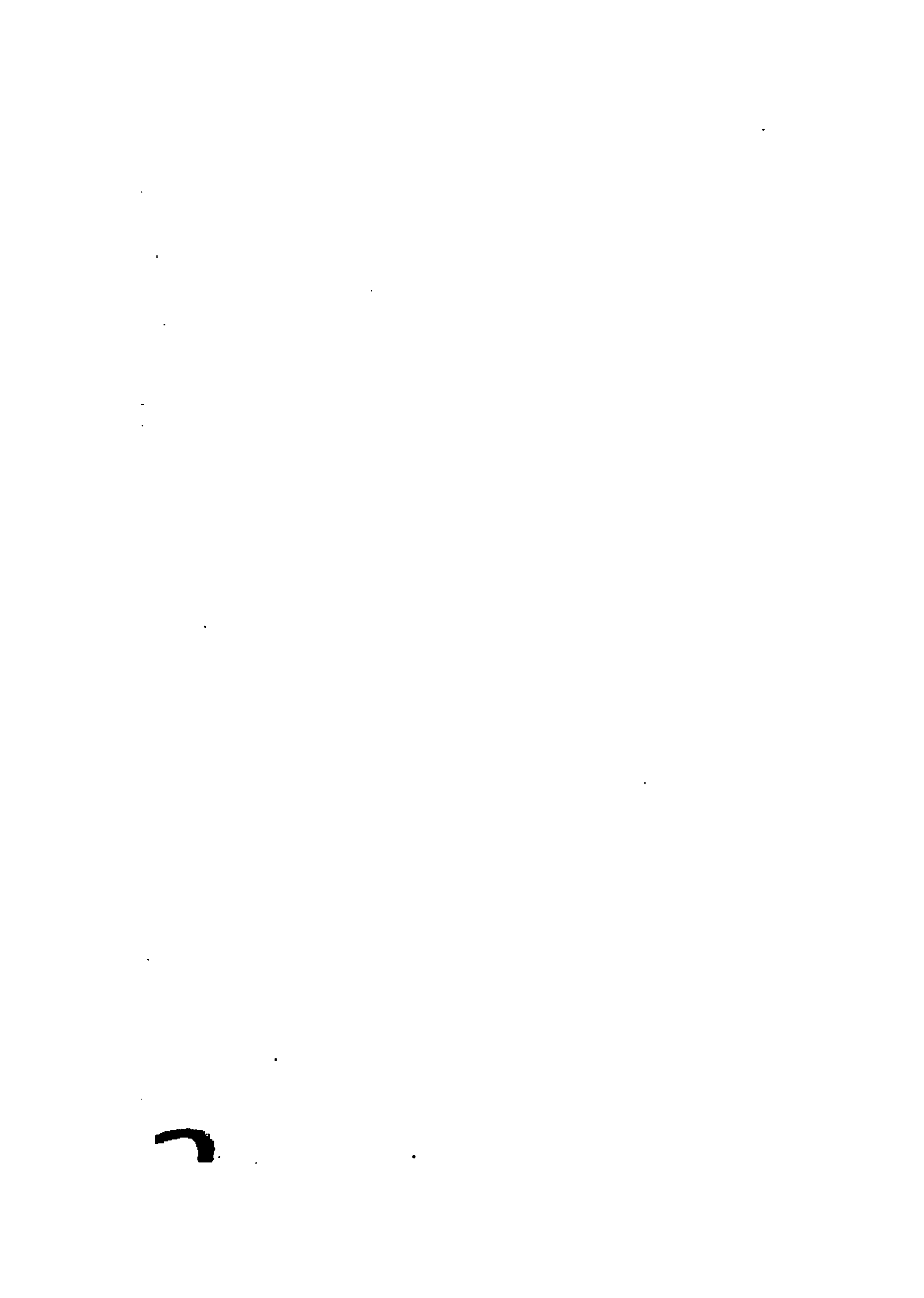
1882



AVERTISSEMENT

Cet ouvrage était en cours de rédaction et d'impression, lorsque plusieurs publications nouvelles ont successivement paru, soit sur les *Assurances*, soit d'une façon générale sur toutes les matières du droit commercial. Nous exprimons ici tous nos regrets de n'avoir pu nous y référer complètement, et de n'avoir pu citer les noms de tous leurs auteurs. Ce sera, Dieu et le public aidant, pour une seconde édition.

A. L.



DROIT MARITIME

CHAPITRE VII.

Des Assurances.

§ 1er.

Notions générales

Notre principal objet est et doit être l'*Assurance maritime*, la seule dont nos législateurs se soient occupés, et dont le Code de commerce trace les règles.

Mais combien nos idées seraient bornées et retrécies, si nous nous renfermions dans un cercle ainsi déterminé !

Il nous faudra nécessairement l'étendre, l'agrandir, et embrasser, au moins d'un coup d'œil, toute la matière,

c'est-à-dire l'assurance en général, son origine, ses progrès, son mécanisme, ses avantages, ses dangers, ses diverses applications.

Néanmoins, comme l'assurance maritime est l'objet essentiel et légal de notre étude, comme les principes qui la régissent servent de fondement à tous les autres, commençons par la définir et en fixer les éléments aussi exactement que possible.

Notre assurance peut donc être définie : *un contrat par lequel l'un des contractants prend à sa charge les risques de mer auxquels la chose d'autrui est ou sera exposée, et s'oblige, en conséquence, envers l'autre contractant, moyennant un prix ou équivalent convenu, à l'indemniser de la perte ou des dommages par lui éprouvés à raison de cette chose* (1).

Après la définition, passons au vocabulaire de notre contrat :

Celui qui, moyennant un prix, se décharge sur autrui des risques de sa chose, s'appelle *assuré*.

Celui qui, moyennant ce prix, accepte et prend à sa charge les risques de la chose, s'appelle *assureur*.

---

(1) Cette définition n'est que la paraphrase de celles données par Stypman (part. 4, chap. 7, n° 262), par le *Guidon de la mer*, (tit. I, art. 1), par Emérigon (*Traité des Assurances*, t. I, p. 3). Cpr. aussi Lemonnier, *Commentaire des principales polices d'Assurances*, t. I, p. 5, Bédarride n° 1006, Caumont *Dictionnaire universel de droit maritime*, v° *Assurances*, n° 1, § 1.

Le prix ou équivalent convenu pour le transport des risques de l'un à l'autre, est appelé *prime*.

L'acte ou instrument dressé pour constater une convention de ce genre, est appelé *police*.

Les docteurs ont latinisé ou exprimé par des équivalents ces noms qui, la plupart au moins, appartiennent aux langues modernes.

D'assurance, ils ont fait *assecuratio*,

D'assuré, *assecuratus*,

D'assureur, *assecurans* ou *assecurator* (2).

Ils ont aussi appelé l'assurance *contractus avertendi periculi*, ou plus brièvement *aversio periculi*.

La prime, ils l'ont appelée *pretium periculi* (3).

Le mot *risque*, pris abstrativement pour l'ensemble des chances que court la chose de l'assuré, a été rendu par le mot *risicum*.

---

(2) Le *Novitius* donne le mot *assecurare* comme latin, dérivant de *securus*, et signifiant *assurer, rendre sûr*. Trévoux traduit *assurer* par *securum facere* ou *præstare*. Le nouveau Denisart fait aussi dériver *assurer* du latin *assecurare*; ce mot ne se trouve point dans le *Trésor* d'Etienne (*Note de M. Cresp*). Le mot *assecurare* appartient incontestablement à la latinité du Moyen-Age; il s'entendait à cette époque de la garantie résultant du gage ou du cautionnement : *assecurare*, dit Ducange, *id est, pignore vel fidejussione interposita, securum facere*. De là au sens spécial et technique du mot, il n'y a qu'un pas.

(3) Certains (Stypman, n° 545) l'ont aussi appelée du mot latin *præmium* (*Note de M. Cresp*).

Au fond, le risque, ainsi entendu, est l'aliment et la matière même de l'assurance.

Faute de risque ou d'intérêt en risque, le contrat s'éteint par défaut de matière ou d'aliment.

Deux choses sont de l'essence de ce contrat :

1° Un risque auquel l'assuré ait intérêt et qui passe à la charge de l'assureur, qui le prend, l'assume sur lui, pour ainsi dire : ce que la locution latine exprime énergiquement, *aversio periculi*.

2° Un prix mis à l'acceptation du risque pour l'assureur, un équivalent des chances périlleuses qu'il consent à prendre sur lui, *pretium periculi*.

Ainsi *risque* et *prime*, *aversio periculi* et *pretium periculi*, sont deux corrélatifs indispensables et indivisibles ; si l'un ou l'autre manque, il n'y a véritablement pas d'assurance (1).

Un tel contrat, pour être bien compris, exige qu'on se préoccupe de son origine, de sa naissance et ses progrès dans la coutume, la doctrine et la législation.

Il est sous ce rapport une première question à se faire :

---

(1) C'est à cela en effet que se réduit le contrat dans sa substance; d'autres éléments pourront être ajoutés par la législation, dans un but d'utilité générale ; on pourra même les dire, à ce point de vue, *essentiels*. Mais au fond ils sont complétement indépendants de la donnée première de la convention, et de l'idée qu'on s'en est primitivement faite.

L'assurance a-telle été connue des Anciens? Existait-elle dans leurs lois, dans leurs usages commerciaux?

Si par *assurance* on veut entendre ce qui est aujourd'hui pratiqué dans le commerce de mer, et réglé par nos lois commerciales, c'est-à-dire un contrat subsistant par lui-même, ayant uniquement pour matière des risques maritimes, par lequel l'un se décharge sur l'autre de ces risques moyennant une prime stipulée, et sous les clauses ordinairement insérées dans nos polices : non cela n'a pas été connu des Anciens, de leurs commerçants, de leurs jurisconsultes.

Mais si prenant l'assurance dans un sens plus générique, nous entendons par là toute convention par laquelle on se décharge sur autrui d'un risque quelconque, de l'incertitude des événements, par laquelle d'autre part on prend à sa charge des risques, des événements qui, dans l'ordre naturel des choses, devaient tomber sur un autre, il s'en faut que la chose n'ait pas été très-anciennement connue et pratiquée.

On trouve dans le Droit Romain, notamment au Digeste, une foule de textes qui déplacent ainsi le péril entre les parties.

L'assurance, prise en ce sens plus large, y vient adhérer à divers genres de conventions.

Exemples :

En cas de vente d'un corps certain, le droit commun est que les risques, les cas fortuits qui peuvent atteindre la chose vendue, sont à la charge de l'acheteur. Par un

accord spécial au contraire, le vendeur les prend pour son compte.

En matière de louage, la perte par cas fortuit de la chose est en principe à la charge du locateur ; une clause particulière peut la mettre à celle du locataire.

De même en cas de dépôt, de prêt à usage, de mise en gage, de droit commun la perte fortuite de la chose déposée, prêtée ou engagée est au compte du déposant, du prêteur ou du débiteur ; elle peut être mise à la charge du dépositaire, de l'emprunteur, du créancier gagiste (ff. *De periculo et comm. rei vend.*, loi 1 ; *Locati conducti*, loi 13 § 5 ; *Depositi vel contra*, loi 1 § 35 ; *De pactis*, loi 7 § 5 ; voyez au surplus Emérigon, t. I, p. 2 ; Pardessus, *Lois maritimes*, t. I, p. 72 et 73 ; Vincens, t. II, p. 79 à la note).

On peut joindre à cela l'exemple suivant tiré de la *société*.

De droit commun, d'après la nature du contrat, la perte, le risque de perdre doit être commun aux deux associés, comme le bénéfice ou la chance de gain. Par un pacte spécial, on peut affranchir l'un des associés de toute perte dans son apport, laquelle est dès lors supportée tout entière par l'autre (Loi 29 § 1, *pro soc.* ; *Inst. de societate*, § 2). Ainsi l'expliquent Puffendorf, liv. V, chap. 8, § 3 ; Grotius, *De jur. pac. et bel.*, livre II, chap. 12, n° 24 ; Vinnius, Inst. *hoc. tit.* n° 4 ;

Pothier, *Sociétés*, nos 19 et 25 ; Troplong, *Sociétés*, n° 653, t. II, p. 128 et sq. (5).

Ainsi du mandat où, en règle, le mandataire n'est pas tenu des risques de la chose ; un pacte additionnel peut les mettre à sa charge, loi 39 Dig. *Mandati* (6).

---

(5) Ceci demande à être bien compris. Ou bien l'associé, en faveur de qui cette clause a été écrite, n'a apporté à la société que son industrie, ou bien il a apporté un capital. Dans le premier cas, la clause n'a rien que de très-licite, de très-conforme même à la nature du contrat de société, et pas n'est besoin, pour la rendre admissible, de faire intervenir une assurance ; car l'associé étant toujours privé des fruits de son industrie, contribue forcément dans cette mesure aux pertes de la société. Il n'en est pas de même de la seconde hypothèse, où la clause dont s'agit est ouvertement contraire aux principes même du contrat (art. 1855 Cod. Civ.), et ne peut dès lors emprunter sa validité qu'à une véritable assurance venant se greffer, avec toutes ses conditions de fond ou de forme, sur la convention principale de société. Et tel est en effet le sens de la doctrine professée par Pothier dans les deux paragraphes ci-dessus visés.

(6) Le commerce nous offre, précisément au sujet de la *commission*, qui est, comme l'on sait, le mandat commercial, l'exemple d'un pacte analogue, celui par lequel le commissionnaire, en retour d'une augmentation de droit, répond de la solvabilité des personnes avec lesquelles il traite ; c'est ce que l'on appelle, dans le langage de la pratique la convention de *ducroire*, ou plus brièvement le *ducroire*. Il y a là un risque qui, d'après les principes du mandat, aurait dû revenir au commettant, et que la clause dont s'agit a pour objet de transporter au commissionnaire.

Ce sont là autant d'accords spéciaux qui, déplaçant le péril, sont autant d'assurances.

Mais sur cela, plusieurs remarques sont à faire : 1° l'assurance n'est pas là un contrat principal, direct, unique, indépendant de tout autre.

Elle n'est qu'accessoire à une autre convention, un pacte dérogatoire au droit commun qui régit cette convention principale (7).

Point de prime distincte, formellement stipulée, comme prix du péril déplacé. Si, dans certain cas, elle peut s'y trouver, ce n'est que d'une manière implicite, c'est-à-dire confondue dans les conditions mêmes du contrat principal.

3° Enfin les risques ainsi déplacés, mis à la charge d'autrui, ne sont pas, dans ces exemples, des risques maritimes; ce sont des risques communs, des risques de terre.

---

(7) Pareille objection semble ne pas pouvoir être faite contre un autre texte du Digeste, que M. Cresp n'a pas visé, et qui paraît bien catégorique dans le sens d'une assurance directe et principale contractée par voie de stipulation. C'est la loi 67 ppio *de verb. oblig.*, ainsi conçue : *illa stipulatio*, DECEM MILLIA SALVA FORE SPONDES, *valet*. Mais ce fragment unique, jeté au milieu de beaucoup d'autres relatifs au cautionnement, n'est pas par lui-même assez décisif pour nous faire croire à l'existence du contrat. D'ailleurs, en admettant qu'il y ait ici l'*aversio periculi*, où est, comme va le dire M. Cresp, le *pretium*? Voyez une intéressante étude de M. Bergson dans la *Revue de droit français et étranger*, t. II, p. 378 et sq.

Le droit romain n'offre-t-il aucun exemple de ce genre de stipulation, appliquée spécialement aux risques de mer ?

Désespérant d'en trouver dans la législation, les auteurs ont été en chercher dans les *historiens*.

On a cité en ce sens deux passages de Tite-Live, et un passage de Suétone.

Ils y ajoutent un passage des lettres de Cicéron (8), mais il y a dispute sur le sens de ce dernier. D'autres interprètes (Heineccius, Barbeyrac sur Grotius, Hugo, etc.) l'appliquent à une convention d'une autre genre, à celle du *change*, dont les traces sont aussi cherchées dans l'Antiquité, et leur avis paraît préférable (9).

---

(8) Tite-Live, liv. XXIII, chap. 49 et liv. XXV, ch. 3 ; Suét. *vita Claudii*, chap. 18 ; Cic. *ad familiares* liv. II, lett. 17. En ce sens Grotius, p. 386 ; Puffendorff, p. 524 ; Pardessus, *Lois marit.*, p. 74.

(9) D'après une troisième interprétation, le passage de Cicéron ne devrait s'entendre ni d'un contrat de change, ni d'un contrat d'assurance proprement dit ; il désignerait simplement l'opération par laquelle certains entrepreneurs se chargeaient de transmettre au trésor de la capitale les deniers publics perçus dans les provinces par les proconsuls ; ce serait donc au principal un contrat de transport, avec la clause dérogatoire au droit commun dont il a été ci-dessus parlé, en ce qui concerne les risques ; en ce sens Bergson *dict. loc.* Entre toutes ces versions contradictoires, il est bien difficile de faire un choix, car le mot de *prædes* dont se sert Cicéron a un sens vague et se prête à toutes les inductions. Dans tous les cas un pareil texte est à lui seul trop peu décisif pour trancher la question.

Quant aux passages de Tite-Live et de Suétone, il s'agit d'entrepreneurs qui traitaient avec l'Etat de la fourniture et du transport par mer des denrées ou munitions, et envers lesquels l'Etat s'engageait à prendre pour son compte les pertes qu'occasionneraient la tempête ou les ennemis.

Ce cas était précisément l'inverse de celui prévu au *Digeste* et relatif à la vente d'un corps certain, d'après lequel les cas fortuits, qui sont en principe à la charge de l'acheteur, sont mis par dérogation à celui du vendeur.

Ici les fournisseurs n'avaient pas vendu des corps certains; le droit commun en laissait la perte fortuite au compte des vendeurs. Il fallait donc une dérogation expresse pour la mettre au compte de l'Etat acheteur (Pardessus *ibid.*).

Or une telle convention constituait bien une assurance, où l'acheteur était assureur, et les vendeurs assurés (Pardessus *ibid.*).

Et une assurance maritime, puisque c'étaient les périls d'un transport par mer que l'Etat garantissait.

Seulement cette assurance maritime n'était qu'accessoire à une convention principale de fourniture ou de transport.

Certains auteurs ajoutent que c'était une assurance purement gratuite, c'est-à-dire *sans prime*, sans aucun prix mis au déplacement du risque (Barbeyrac sur Grotius, t. I, p. 437 note 2, le même sur Puffendorff, t. II, p. 111, note 1).

Mais d'autres disent au contraire qu'il y avait là une prime, bien que non exprimée ; que cette prime s'y trouvait implicitement, en ce que l'Etat, qui prenait pour son compte des risques de mer que d'autres auraient dû courir, payait naturellement moins cher la fourniture ou le transport ; que si, malgré cela, le prix restait le même, la prime était dans l'avantage public qu'on retirerait de l'opération (Emérigon *loc. cit.*

Quoi qu'il en soit, les savants auteurs satisfaits de leurs trouvailles, ont reconnu là au moins le germe, l'idée première de notre assurance.

Mais ils ont dit que ce germe n'était qu'un *sauvageon non encore cultivé*, que ce n'étaient là que des pactes rares et accidentels, inconnus à la pratique comme à la législation (Estrangin sur Pothier).

Chose étonnante ! Dans leur préoccupation, ils n'ont pas vu ou ont à peine entrevu une chose frappante d'évidence, c'est que dans la législation et la pratique des Romains, et même de peuples plus anciens, il existait une véritable assurance maritime, méritant bien mieux ce nom que ce qu'ils ont recherché dans quelques fragments historiques.

C'était le *contrat de grosse*.

1° D'une part, ils conviennent que la convention, que nous appelons ainsi, était parfaitement connue et journellement pratiquée par les Romains sous le nom de *fœnus nauticum* ou *pecunia trajectitia* ;

Que les titres du Digeste et du Code *de nautico fœnore* avaient été puisés dans une législation plus ancienne, la *loi Rhodienne* perdue pour nous ;

Que ces notions et ces principes de la loi romaine sont identiquement les mêmes que ceux de la législation athénienne, antérieure de plusieurs siècles.

Ils citent même un contrat de grosse athénien, dont le texte est conservé par Démosthène dans son plaidoyer contre Lacritus, et ils avouent que cette convention ne diffère en rien de ce qu'on pratique aujourd'hui.

Ils avouent que les principes, les règles des droits athénien et romain sont identiques entre elles, et avec celles du contrat de grosse tel qu'il est usité parmi nous.

La forme seule peut différer en quelque chose ; le fond est le même : mêmes bases, conditions, caractères essentiels (9).

2° D'autre part, ils reconnaissent qu'il y a entre l'assurance et le contrat de grosse la plus grande analogie, la plus grande ressemblance.

Ils disent que ce sont *deux frères jumeaux* (Emérigon); que ces contrats reposent tous deux sur les mêmes principes, que l'un et l'autre ont pour base essentielle les risques maritimes et leur théorie; que le donneur prenant à son compte les risques de la chose affectée, n'est, dans le fait, qu'un *assureur* de cette chose, que

---

(9) Voyez *suprà*, t. II, p. 214 des observations analogues.

le profit ou change nautique qu'il reçoit, n'est autre chose qu'une prime, *pretium periculi* (10).

Rapprochez ces deux propositions :

1° Le contrat de grosse a été, de tout temps, connu et pratiqué ;

2° Ce contrat a absolument même base, mêmes principes, mêmes caractères que l'assurance maritime.

La conclusion ne devait-elle pas être que l'assurance maritime a été connue et pratiquée de toute antiquité ?

Et quand cette preuve était là évidente et parlante, sous la main et sous l'œil des docteurs, comment se fait-il que, détournant pour ainsi dire les yeux, ils aient été péniblement fouiller quelques textes et les historiens, pour y découvrir le germe, l'idée première de l'assurance ?

Comment se fait-il surtout que certains aient été jusqu'à dire que l'Antiquité n'offrait aucune trace de l'assurance, que les anciens n'en avaient aucune idée (Portalis, Delaporte).

Voyez d'ailleurs si, toujours depuis la renaissance du droit, jurisconsultes et législateurs n'ont pas été, par la force même des choses, conduits à rapprocher et à confondre, pour ainsi dire, l'assurance et le contrat de grosse.

1° Quand l'assurance moderne s'est introduite dans l'usage et que les juristes ont commencé à y porter leur

---

(10) Cpr. également t. II, p. 217.

attention, à vouloir organiser en système sa pratique, où ont-ils pris des règles, des principes pour régir ce contrat ?

Ils ont pris les titres du Code et du Digeste *De nautico fœnore*, et les ont adaptés et appropriés au contrat d'assurance, tel qu'il se pratiquait (Straccha, Dumoulin, Valin, t. II, p. 26).

2° Quand ces jurisconsultes ont voulu traiter à fond des contrats maritimes, en fixer les principes, les théories, en régulariser l'ensemble, ils n'ont pu séparer le contrat de grosse des assurances, ils en ont traité cumulativement et, en quelque sorte, indistinctement.

Le père de notre science commerciale, Straccha, traitant *ex professo* des assurances, dit d'abord qu'il aurait pu aussi bien intituler son traité *des contrats à la grosse* que *des assurances*, et il commence par prendre ses bases dans les anciens principes du premier de ces contrats.

Emérigon (préf. *in fine*), traitant spécialement des assurances, déclare que souvent il confondra les deux contrats, qui ont mêmes principes. Il traite fréquemment des questions relatives au contrat de grosse ; et si ensuite il y consacre un court traité, ce n'est qu'un appendice à celui des assurances.

On peut en dire de même de Pothier; dans son contrat de grosse il y a de fréquents renvois à la matière des assurances.

Pardessus renvoie également de l'un à l'autre (11).

3° Les législateurs ont aussi rapproché et assimilé la convention de grosse et l'assurance ; ils les ont d'abord mêlés et confondus dans des dispositions communes.

L'Ordonnance de 1681 et le Code de commerce leur ont, il est vrai, consacré deux titres séparés ; mais, outre que nombre de dispositions y sont répétées, il faut sans cesse les compléter et les expliquer l'un par l'autre.

Pour prévenir cela, des Cours, consultées sur le projet de loi, avaient demandé que les deux titres fussent fondus en un seul, sous trois divisions : 1° dispositions communes aux deux contrats, 2° du contrat de grosse, 3° du contrat d'assurance. Au conseil d'Etat, sans nier au fond la ressemblance des deux contrats, on observa qu'ils différaient dans leur exécution : ce qui était bien reconnaître, quant aux principes, leur identité ; reconnaissance qui fut encore répétée par les orateurs du Conseil (Locré, t. III, p. 320 et sq.).

En résultat, il faut bien reconnaître, quoi qu'on en ait pu dire, que le contrat de grosse, si anciennement usité, présentait une vraie assurance maritime, bien

---

(11) Et M. Cresp, ainsi que nous-même, dans le précédent volume. Il est à remarquer du reste que nos anciens auteurs obéissaient à une autre pensée en assimilant ainsi l'assurance et le prêt à la grosse ; ils voulaient soustraire ce dernier contrat à l'application de la décretale *Naviganti*, c'est-à-dire de la loi canonique, acceptée en matière civile, qui prohibait le prêt à intérêt ; cpr. t. II, p. 216 et 217.

plus véritable et plus caractérisée que celle que les i
terprètes ont cherché dans des conventions fugitives
accidentelles.

De ces conventions, les unes (nous l'avons vu), étaie
étrangères aux risques maritimes, et n'offraient aucu
prime distincte et appréciable; les autres s'appliquaie
bien à des risques de mer, mais sans prime encore,
moins explicite.

Il faut bien enfin reconnaître que, sous forme
contrat de grosse, l'assurance maritime a été trè
anciennement connue et pratiquée par les peuples nav
gateurs.

Convenons pourtant que l'assurance des anciens, m
me dans le contrat de grosse, n'était pas encore cet
assurance maritime aujourd'hui en usage partout.

L'ancienne assurance n'était pas, comme la modern
une convention simple, une, indépendante, subsista
par elle-même, ayant un nom et une existence propr

Le contrat de grosse était un contrat complexe, il
formait par la réunion, par l'amalgame de deux autre

Il comprenait et accouplait le contrat de *prêt* et
contrat d'*assurance* (Pothier, Estrangin, Vincens).

Ce prêt était celui de consommation, de *mutuun*
puisqu'il consistait en choses fongibles, et devait
résoudre en argent.

Dans les principes de ce genre de prêt, l'emprunteu
devenant propriétaire de la chose prêtée, sauf d'e

rendre au prêteur l'équivalent, le risque de cette chose était tout entier pour l'emprunteur, et le prêteur y devenait étranger.

Par dérogation à ce principe, le contrat de grosse, déplaçant le risque, le transportait de l'emprunteur devenu propriétaire, au prêteur qui ne l'était plus ; et c'est précisément dans cette *aversio periculi* que consistait le pacte, la convention d'assurance.

Et remarquons que c'était précisément l'accord inverse de celui que nous avons vu au Digeste ; il s'y agissait du prêt à usage (commodat), où le péril de la chose est, de droit commun, pour le prêteur resté propriétaire : par dérogation, ce péril passait du prêteur à l'emprunteur.

Le contrat de grosse était donc un composé de *mutuum* et d'*assurance*.

Mais dans cette réunion, dans ce mélange des deux contrats, c'était le prêt qui prédominait ; l'assurance n'était qu'accessoire, secondaire ; elle y était comme absorbée, au point qu'elle n'avait pas même de nom pour la désigner distinctement, il n'y avait pas de mots latins qui répondissent en effet à ceux d'*assurance*, *assurer*, etc. (Stypman, Kurike).

Le change ou le profit maritime, stipulé par le prêteur, n'était pas purement une *prime*, *periculi pretium*.

C'était aussi un composé de deux choses : 1° de l'intérêt de la somme prêtée, de l'indemnité pour le prêteur de l'avance qu'il faisait, de la privation de ses fonds,

2° de la prime, ou équivalent du risque, que, contre la nature du prêt, il prenait à sa charge.

Ce double élément du change nautique dérive de la réunion même des deux contrats que renferme le contrat de grosse (Voir Dumoulin, *De usur.*, p. 93, 97, n°s 38, 39 ; Blackstone, t. III, p. 460 et sq. et 465 ; Pothier, *Contrat de grosse*, n° 51 ; Emérigon, t. II, p. 440 ; Pardessus *Elem. de jur. comm.* p. 452 ; ces trois derniers sur la question de savoir si le change nautique est susceptible d'intérêt) (12).

C'est surtout comme intérêt de la somme prêtée, que le législateur romain avait considéré le change maritime, *nautica usura*, *nauticum fœnus*.

La preuve en est qu'il en limite le taux à la *centesima* (1 p. 100 par mois) ; ce qu'il n'eût pas fait, s'il n'eût vu dans le change qu'une prime, *pretium periculi*, car, de soi-même, le prix du risque est indéfini, comme l'opinion que les parties peuvent s'en former (Cod. *de usur.*, loi 26).

Autre preuve plus frappante encore : si le change nautique eût été considéré essentiellement, principalement comme prime ou équivalent du risque, cette prime eût dû être acquise au prêteur dans tous les cas, quel que fût l'événement, qu'il y eût ou non heureuse arrivée.

Car toujours il avait couru les chances et devait en recevoir le prix ; et pourquoi le lui refuser précisément dans le cas où, la chance contraire se réalisant

---

(12) Et précédent volume, p. 305 et sq.

contre lui, il perdait même le montant des avances par lui faites ?

Cela ne peut s'expliquer que parce qu'on considérait surtout le change comme intérêt ou accessoire du capital prêté, et comme devant, par conséquent, suivre le sort de ce principal (13).

Tels étaient donc les éléments, la constitution du contrat de grosse.

Maintenant que fallait-il faire pour arriver de là à l'assurance maritime, telle que nous la connaissons et pratiquons aujourd'hui ?

Il fallait décomposer ce contrat complexe ;

Il fallait y démêler et y saisir ce pacte accessoire de garantie, joint et subordonné à un prêt.

Il fallait en détacher ce pacte, l'en isoler, le constituer à part, en faire une convention principale, qui eût un nom et un caractère propres, dont le seul élément, la seule matière consistât dans les risques qu'une chose courait sur mer, risques dont le propriétaire se déchargeait sur un tiers, et dont celui-ci lui promettait garantie, moyennant un prix convenu.

---

(13) Ces observations sont d'une vérité incontestable ; elles donnent l'explication de l'obscurité et de l'incertitude qui existent, aujourd'hui encore, sur la nature juridique du contrat, ainsi que de la contradiction qui se manifeste entre certaines règles de la matière. Voy. t. II, p. 384 et sq (en note) et 390 et sq.

La séparation des deux contrats d'assurance et de prêt entraînait la dislocation du change ou profit maritime. Il n'était plus question d'*intérêt*, puisque le garant des risques ne déboursait rien, ne faisait plus d'avances au garanti ; puisque ce garant, uniquement assureur, ne faisait plus que promettre à l'assuré de l'indemniser, le cas échéant, c'est-à-dire là où il y aurait perte ou dommage.

Dès lors il n'était plus question que d'une simple *prime*, prix ou équivalent du risque, *periculi pretium*, et rien de plus, et dès lors cette prime, n'étant plus l'accessoire de rien, subsistait par elle-même, indépendamment de l'événement, et était, dans tous les cas, indistinctement acquise à l'assureur.

Voilà ce que n'ont pas fait, ce que n'ont pas trouvé les anciens.

Voilà la création, l'invention de nos temps modernes.

A qui, à quel pays, à quelle époque appartient cette invention, dont l'importance et les résultats sont inappréciables ?

Des historiens et des jurisconsultes ont voulu en faire honneur aux Juifs qui furent bannis de France en 1182 sous Philippe-Auguste, et qui le furent encore en 1321 sous Philippe-le-Long.

Ces bannis, voulant retirer de France leurs fonds et effets, auraient cherché les moyens de le faire avec le

secours et la garantie d'autrui. Dans ce but, ils auraient tout-à-la fois inventé les *lettres de change* et les *polices d'assurance*, lettres et polices conçues en peu de mots, d'un style expressif et laconique.

Ils auraient appris cette double pratique aux Italiens chez qui ils s'étaient réfugiés.

Et plus tard ceux-ci divisés en factions, Guelfes et Gibelins, forcés alternativement de s'expatrier, auraient porté et répandu ces pratiques dans le reste de l'Europe.

S'il en était ainsi, convenons que les proscrits du XIIe et du XIVe siècles mériteraient, à un double titre, notre éternelle reconnaissance, car ils auraient doté l'Europe et le monde des deux plus puissants instruments de commerce, de navigation et de prospérité sociale.

Mais cette gloire qu'un assez grand nombre lui attribue (Giovan Villani, Cleirac), leur est disputée par d'autres (Dupuy, Duvergier, etc.)

On a voulu l'attribuer directement à l'habileté des Italiens, de cette nation toujours ingénieuse, dont l'esprit flexible se prête aux combinaisons de tous les genres (14).

Remarquez que tout le monde s'accorde à placer le berceau des assurances, comme celui des lettres de change, au midi de l'Europe et surtout en Italie.

---

(14) C'est à l'Italie que revient en effet la création de la plupart des instruments ou des institutions de crédit, tels que *banques*, *loteries*. *monts-de-piété*, *tontines*, etc.

Cette origine est indiquée par le vocabulaire même de l'assurance et du change ; tous les mots techniques qui le composent sont évidemment d'origine italienne; et au surplus, dans nul pays du monde, on n'a mieux connu et appliqué les principes et les règles propres à ces contrats, que ne l'ont fait les jurisconsultes et les tribunaux italiens.

Quels que soient les inventeurs, c'est donc en Italie qu'aurait pris naissance l'assurance, telle que nous la pratiquons aujourd'hui ; de là elle aurait passé en Espagne, de là en Flandre, de la en Hollande, de là enfin dans tous les pays septentrionaux (Stypman, Valin, Martin, Beaves, etc.).

D'après l'opinion commune, ce contrat n'a commencé d'être en usage, n'a été admis et pratiqué dans le commerce que vers le xve siècle.

Il paraît du moins certain qu'il n'a fixé qu'à cette époque l'attention des législateurs. Le premier document législatif qui en ait parlé est, selon les uns (Pardessus) de 1435 (Ordonnance de Barcelone), selon d'autres (Fremery) de 1407 à 1414 (Statut de Gênes) (15),

---

(15) Il est certain néanmoins qu'en plein Moyen-Age on connaissait et pratiquait déjà une sorte d'assurance mutuelle par l'*agermanament* , c'est-à-dire par cet accord par lequel le patron et les marchands chargeurs d'un navire convenaient que *le navire irait aux risques de la marchandise, et la marchandise aux risques du navire.* De là à l'assurance à prime il n'y avait qu'un pas. Ce qui dut au

Quoi qu'il en soit, s'il y a doute et divergence sur les inventeurs de l'assurance et sur l'époque de son invention, le mérite et l'importance de l'invention elle-même ne sauraient être douteux ni disputables.

Sur ce point, il y a concert unanime de tous ceux qui se sont occupés de ce contrat : tous témoignent, à cet égard, la plus vive et la plus profonde admiration ; tous le proclament *la plus belle et la plus utile des conventions qu'ait inventée le génie du commerce* (Pardessus *Eléments de jurisprudence commerciale*).

Quelqu'un pourtant a entrepris de contester à cette invention son mérite et sa gloire (Christian sur Blackstone, t. III p. 467 à la note).

Il a dit des assurances : *l'idée en est tellement simple, elle se présente si naturellement d'elle-même aux esprits, même non cultivés, qu'elle ne mérite pas le nom d'invention.*

---

reste hâter la création de cette dernière combinaison, c'est la proscription dont l'Eglise frappait le prêt à intérêt. En présence de cette situation, en même temps qu'on fit incliner de plus en plus, nous l'avons vu, le prêt à la grosse vers l'assurance, on eut sans doute l'idée de détacher de ce dernier contrat l'*aversio periculi* qui y était contenue. Quoi qu'il en soit, tout cela n'était encore qu'à l'état rudimentaire, et il a fallu les grands événements économiques et sociaux, qui ont marqué le commencement des temps modernes, et dont M. Cresp va parler, pour conduire l'assurance au développement théorique et pratique qu'elle devait atteindre.

Cela est-il juste et fondé ?

1° Ce qu'on dit là de l'assurance, on pourrait également le dire de presque toutes les inventions, de toutes les découvertes dont s'honore le plus l'esprit humain.

C'est précisément le caractère propre des grandes et admirables inventions, de reposer sur un fait, une idée, un principe d'une simplicité telle, qu'on s'étonne que la découverte n'ait pas été faite plus tôt, et que chacun puisse se dire : dans une position donnée, j'en aurai fait autant.

Loin que l'extrême simplicité soit exclusive des belles et grandes découvertes, c'est au contraire la complication qui en est exclusive.

Produire beaucoup avec peu de choses, amener par des moyens fort simples de grands et féconds résultats, c'est là le cachet du génie, et le plus frappant caractère auquel on le reconnaisse.

Or, sous ce double rapport, l'assurance porte son empreinte.

2° Ce n'est pas l'idée première de l'assurance qui constitue l'invention dont les modernes se font honneur.

Car nous avons vu que cette idée, peut-être vulgaire en elle-même, [illegible] de [illegible], dans ces [illegible] de plusieurs [illegible], ou contre la nature du contrat [illegible] et par dérogation à ses règles, l'une des parties se déchargeait sur l'autre des risques qu'elle aurait dû courir ; nous l'avons vu re-[illegible] dans le contrat de [illegible].

L'invention, la création des modernes, c'est dans

l'avons dit) d'avoir distingué et séparé ces contrats unis et confondus en un seul; c'est d'avoir extrait de là un contrat unique, reposant uniquement sur le risque, son indemnité et son prix ; c'est d'avoir ainsi constitué et fait exister par lui-même un contrat qui devait centupler les forces du commerce et de la navigation.

Or, ce n'était pas chose si simple et si aisée, que de démêler ainsi le principe de l'assurance, et de le constituer à part, avec ses éléments propres et convenables, avec tous ses moyens d'action et d'utilité possibles.

Et la preuve en est que les Anciens, qui avaient bien pourtant l'idée de l'assurance, n'ont pu trouver le contrat d'assurance proprement dit.

Pourquoi ne l'ont-ils pas trouvé ?

Convenons que ce n'est pas le génie qui leur manquait, ils ont fait leurs preuves à cet égard !

On a indiqué plusieurs causes :

C'est d'abord que les Romains, peuple guerrier avant tout, abandonnaient aux esclaves et aux affranchis le soin du commerce de terre et de mer.

C'est ensuite que leur navigation était très-bornée. Elle se faisait de côte en côte ; on ne connaissait que quelques bords de l'Afrique et de l'Asie. Le commerce maritime avait donc peu d'étendue et d'activité ; les vues et les besoins des armateurs étaient retrécis comme leur commerce (Portalis, *motifs des contrats aléatoires* p. 250).

Ajoutons à cela l'interdiction de tenir la mer pendant

plusieurs mois les plus rigoureux de l'année (du mois d'octobre au mois d'avril) (Pardessus *l. marit.* t. I, p. 73, *prés. ouvr.* t. I, p. 45 et sq.).

Tout cela réduisait à peu de chose les risques maritimes de cette époque, et l'opinion qu'on pouvait s'en former ; et dès lors, ni dans la pratique, ni dans la théorie, on ne dut rechercher des moyens plus efficaces de parer à des dangers qu'on jugeait peu redoutables.

Le contrat de grosse et l'assurance accessoire qui y était comprise, devaient suffire aux besoins et à la sécurité d'une telle navigation.

Mais les choses et l'opinion durent bien changer, quand, dans nos siècles modernes, la boussole (autre invention du génie, si admirable par sa simplicité et par ses résultats) vint ouvrir aux navigateurs de nouvelles routes, les arracher à la vue des côtes, et les guider à travers l'immensité des mers ; quand la découverte d'un nouveau passage des Indes, quand celle d'un nouveau monde, vinrent leur révéler, à de prodigieuses distances, des régions, des peuples, des richesses dont l'existence n'était pas même soupçonnée des Anciens.

Alors le commerce vit s'ouvrir un champ indéfini à ses spéculations, à ses expéditions maritimes, dans les échanges et les communications à établir avec ces peuples nouveaux et lointains.

Mais alors aussi ces opérations agrandies, élargies, demandèrent de plus grands sacrifices et l'emploi de capitaux plus importants.

Et alors aussi il se trouva que les risques, les dangers

maritimes s'étaient accrus pour lui par les distances, dans d'immenses proportions.

Jamais les armateurs et spéculateurs n'auraient eu la témérité d'affronter de telles chances, jamais surtout ils n'auraient eu le bonheur de les surmonter, s'il n'avait existé un moyen facile autant qu'efficace de calmer leur crainte et de prévenir leur ruine.

Ce moyen était l'*assurance*, dont la naissance, comme contrat isolé et indépendant, était à peu près contemporain de la boussole, et qui, à mesure que les besoins et l'utilité s'en faisaient mieux sentir, recevait de l'usage et des législateurs ses perfectionnements successifs, ses développements nécessaires.

Le but et l'effet certain de ce contrat était de décharger l'armateur ou spéculateur des chances que son opération courait sur les mers ; si sa chose, navire ou marchandise, périssait ou était endommagée, il en recevait l'indemnité des tiers qui l'avaient assurée ; il était par eux remis au même état, dans la même situation où il était auparavant ; il pouvait, au moyen de l'indemnité reçue, recommencer sur de nouveaux frais.

Avec un tel appui, armé d'un tel instrument, le commerce n'a plus trouvé d'obstacle qui l'arrêtât ; il a pu hardiment tout entreprendre et tout exécuter ; il a pu librement opérer partout, en tout temps, à toutes les distances.

Et s'il est aujourd'hui reconnu que le commerce et la navigation sont, pour les Etats, les plus sûrs moyens de richesse et de puissance, quel honneur n'en doit pas

revenir à l'admirable contrat, à qui l'un et l'autre sont redevables d'un si prodigieux essor!

Cette immense utilité, ces merveilleux progrès, ces grands résultats de l'*assurance* ont été reconnus, admis, proclamés par tous ceux qui, soit comme jurisconsultes, soit comme économistes, soit comme législateurs ont fait de ce contrat un objet d'étude et d'observation (Stypman n° 7, Valin t. II p. 27, Pothier n° 10, Emérigon t. I, p. 3; Merlin *Répert. dict.* v°; Portalis, *Contrats aléatoires*, p. 250; Estrangin, *Disc. prélim.* p. 11; Baldasseroni, préf. p. 1; Blackstone t. III, p. 468; Corvetto, p. 76).

Ils ont dit de l'*assurance* qu'elle a mérité de devenir, de tous les contrats, le plus usité; qu'il n'est ville maritime, si chétive qu'elle soit, qui en ignore l'usage (Stypman);

Qu'une fois éprouvés, les bienfaits de ce contrat se sont toujours accrus, et que bientôt il n'y a pas eu de navigation grande ou petite qui se soit passée de son appui (Estrangin);

Que ce contrat, noble produit du génie, premier garant du commerce maritime, a, s'il est permis de le dire, rapproché entre elles les quatre parties du monde (Corvetto);

Que ce contrat fut le plus efficace des grands moyens devenus nécessaires pour exécuter de grands projets; que, par lui, il arrive qu'un seul particulier peut faire le commerce le plus riche et le plus étendu avec le cré-

dit, la force et les ressources de plusieurs nations (Portalis).

De quel autre contrat a-t-on jamais dit de pareilles choses ? (15).

L'assurance a donc pris le premier rang qui lui appartenait de droit, parmi les transactions commerciales et maritimes.

Elle a pris sur le contrat de grosse, malgré son droit d'aînesse, une incontestable supériorité.

Et c'est à juste titre, si l'on comprend les deux contrats et leur degré d'utilité.

Le contrat de grosse a cet avantage de procurer des fonds aux armateurs qui peuvent en manquer, au moyen d'un prêt aléatoire, où la chance de perte se réalisant dispensera du remboursement.

Mais combien cet avantage est acheté chèrement par l'armateur !

---

(15) Nous n'ajouterons qu'un mot à ces considérations si attachantes, c'est qu'en 1869 les compagnies françaises ont assuré à elles seules pour *deux milliards de risques !* Depuis ce chiffre a diminué par suite du malheur des temps et des souffrances de la marine marchande ; il n'en fait pas moins ressortir d'une façon éloquente le lien nécessaire qui existe entre le commerce maritime et l'assurance, et l'influence que l'une de ces deux choses exerce forcément sur l'autre. Consult. Labraque-Bordenave, *Traité des assurances maritimes*, p. 36 et sq.

En cas d'heureuse arrivée, il devra, outre le principal, payer un change ou intérêt nautique.

Or cet intérêt n'est pas, comme pour le prêt ordinaire, la simple indemnité, pour le prêteur, de la privation de l'usage de ses fonds, mais l'équivalent de cette chance qu'il court de ne recevoir, ni son principal, ni les intérêts, ni un prix quelconque du danger qu'il a couru.

Une telle chance doit rendre le prêteur exigeant, et faire porter le change à un taux onéreux pour l'emprunteur.

L'assurance, il est vrai, ne donne pas immédiatement des fonds à l'armateur, il faut qu'il les ait devant lui, ou se les procure par une autre voie de crédit. Mais il y trouve la garantie que, si les fonds par lui exposés périssent, en tout ou en partie, il en sera remboursé par ses assureurs.

Ceux-ci, il est vrai encore, ne lui fournissent pas gratuitement cette garantie, mais le prix qu'ils y mettent se mesure uniquement sur le péril qu'ils courent. C'est uniquement le prix du péril : aucun intérêt ne vient s'y joindre, puisqu'ils ne font point d'avance, ne déboursent rien avant l'événement.

Et ils doivent mettre au risque un prix d'autant plus modéré, que ce prix leur est définitivement acquis, qu'il leur est payé ou promis dans tous les cas, quoi qu'il arrive.

Enfin comme l'assureur en souscrivant n'a rien à débourser, il doit se trouver beaucoup plus d'assureurs

que de prêteurs à la grosse, et la concurrence doit encore contribuer à la modicité des primes.

Il y a donc une grande, une énorme différence entre le taux habituel des primes d'assurance, et celui de l'intérêt maritime stipulé par les prêteurs ; tel voyage, pour lequel des assureurs se contenteraient de 3, 4, 5 pour 100 de prime, imposera à l'emprunteur un change de 30, 40, 50 p. 100.

De là il arrive que la position de l'assuré et celle de l'emprunteur sont bien différentes, selon l'événement qui se vérifie.

En cas de perte, il est vrai, l'assuré, toujours tenu à payer la prime, est obligé d'en souffrir déduction sur l'indemnité que lui payent ses assureurs (sauf cependant convention contraire), tandis que l'emprunteur est complétement libéré, se trouve exempté de payer le change, comme de rembourser le principal.

Mais en cas d'heureuse arrivée, l'assuré a tous les profits de l'expédition, avec la seule charge de payer une prime habituellement modique, faible portion des bénéfices qu'il recueille ; tandis que l'emprunteur, obligé de rendre les fonds avec lesquels il a opéré, accrus d'un change fort élevé, susceptible d'absorber, s'il ne les dépasse, ses bénéfices, se trouve véritablement écrasé (V. Valin sur l'art. 18, t. II p. 25 ; Corvetto, p. 74, et présent ouvrage t. II, p. 365 et sq.) (17).

---

(17) Ces observations sont encore plus vraies aujourd'hui qu'elles ne l'étaient à l'époque où elles ont été écrites, et ce sont

Quoique venue la dernière, l'assurance devait donc l'emporter sur le contrat de grosse.

Cette préférence, elle ne l'a pas obtenue immédiatement, au moment même de sa naissance.

Car le contrat de grosse était en possession, et l'assurance n'a pas tout d'un coup atteint sa perfection et conquis l'opinion de tous. Pour la mettre à sa place, il a fallu que le commerce et elle-même acquissent tout leur développement.

Si même, nous éloignant des temps anciens, nous en venons à l'époque où le contrat d'assurance s'introduisit dans la coutume et dans la loi, nous trouvons que toujours, de plus en plus, dans l'usage et dans le droit, le contrat de grosse a cessé d'être considéré dans sa nature de prêt, et que toujours, de plus en plus, on y a fait prédominer ce pacte d'assurance qui n'y était d'abord qu'accessoire, mais qui y est devenu l'élément et le caractère principal, au point d'assimiler et de confondre pour ainsi dire les deux contrats.

A la vérité, cette assimilation, et cette confusion des deux contrats l'un dans l'autre, ne s'est pas faite tout d'un coup et complétement.

Il a fallu du temps pour arriver là, pour effacer toute différence, toute inégalité entre les deux contrats.

---

les inconvénients du prêt à la grosse, de jour en jour mieux compris et reconnus, qui ont déterminé le législateur nouveau à créer l'*hypothèque maritime*; voy. t. I, p. 184 et 185.

En 1681, l'Ordonnance de la marine inclinait évidemment vers ce résultat.

Mais elle laissait encore subsister entre les deux contrats, entre le donneur à la grosse et l'assureur, des inégalités sensibles 1° en matière d'avaries, 2° en matière de sinistres majeurs et d'actions sur le sauvetage.

Mais, moins d'un siècle après (1755), un très-bon esprit réclamait et demandait pourquoi cette différence (Valin, t. II, p. 20 et sq.).

Emérigon et ses confrères à l'Amirauté de Marseille répondaient à Valin (*ibid.* p. 24) que c'était parce que *le contrat de grosse est infiniment plus utile au commerce que la simple assurance*

Mais Valin répliqua (*ibid.*) qu'au contraire la faveur était due au contrat d'assurance ; que loin que le contrat de grosse fut aussi utile au commerce, il en était au contraire la ruine ; que, dès qu'un armateur faisait de fréquents emprunts, on en concluait qu'il était près de manquer, tandis que l'assurance annonçait en lui prudence et sagesse.

Emérigon (t. II, p. 268 et sq.) sembla reconnaître qu'il n'y avait rien à opposer à cela (Locré, t. III, p. 399 et sq.).

Il fit plus : en commençant son traité spécial du contrat de grosse, il convint que l'assurance *avait su acquérir un plus vaste empire, et que sa noblesse, quoique moins ancienne, l'emportait sur celle de ce contrat.* Il convint qu'à Marseille notamment, les pre-

mais l'assurance, parce qu'elle y résiste par ses formes, par sa constitution, par sa nature même.

En résultat on peut dire du contrat d'assurance, que c'est la transformation moderne de l'ancien contrat à la grosse, transformation qui en a heureusement supprimé l'élément dangereux et inutile : dangereux par les abus graves et fréquents dont il était susceptible ; inutile, au moins la plupart du temps, pour les progrès de la richesse publique et le perfectionnement des ressources du crédit.

Comment l'assurance est-elle arrivée à ces grands et admirables résultats ?

C'est en affranchissant les armateurs et expéditeurs des risques maritimes, des chances de la navigation.

Mais ces risques si grands, ces chances si redoutables, elle ne les fait pas disparaître ; elle ne les anéantit pas en eux-mêmes : seulement elle les déplace, les transporte de l'un à l'autre ; elle n'en décharge l'assuré que pour en charger l'assureur.

Et dès lors quel si grand avantage offre réellement l'assurance ? Si l'un est par elle garanti du péril et du dommage de sa chose, ce péril et ce dommage passent et pèsent sur un autre.

Et comment se fait-il qu'il y ait des assureurs ; que des gens consentent, moyennant une prime ordinairement modique, à décharger autrui et à se charger eux-mêmes du poids de tels risques ?

Ce serait, en effet, difficile à expliquer, si toujours,

si habituellement l'assuré traitait pour sa garantie avec un seul assureur.

C'est bien ainsi que, dans l'origine, les choses ont dû se passer ; vraisemblablement, dans les premiers essais de notre assurance, un seul assureur ou un très-petit nombre garantissait l'entier risque d'une chose (Azuni, t. II, p. 16, Estrangin p. 307).

Mais ce genre d'accord n'était applicable qu'à des objets de peu d'importance, à une navigation circonscrite, à des risques connus et limités.

Quand, à la fois, les spéculations et la navigation s'agrandirent ; quand, à des mers plus vastes, moins connues et plus redoutables, il fallut confier plus de choses et de plus grande valeur, quel assureur aurait eu le courage d'assurer, à lui seul, de si effrayantes chances ?

Et cependant l'assurance était indispensable ; sans elle il fallait renoncer à toute entreprise, à tout progrès ; plus l'intérêt et les périls augmentaient, moins il était possible de s'en passer.

Quel moyen y avait-il donc de la rendre encore praticable ? de faire non-seulement qu'elle ne fut pas onéreuse pour l'assureur, mais encore qu'elle lui présentât quelque avantage ?

Ce moyen s'est trouvé dans la *division du risque*, dans sa distribution entre plusieurs intéressés, dans sa répartition sur un plus ou moins grand nombre d'assureurs (Rote romaine 1765, Baldasseroni t. I, p. 2 à la

note ; Valin, t. II, p. 27 et sq. ; Bynkeshoeck, t. II, p. 380, 1re col. in ppio).

Un armateur a une expédition de 100,000 fr. à mettre en mer.

Il n'a pas cherché un seul assureur de 100,000 fr. ; il aurait été introuvable ; car nul n'eût voulu, plus que lui-même, risquer sa ruine dans un seul naufrage.

Il a proposé à divers un risque partiel, une portion de son risque.

Divers en effet y ont consenti : ils ont mesuré leur souscription à leurs moyens, à l'opinion qu'ils avaient du danger. L'un a souscrit pour 10,000 fr., l'autre pour 3,000, etc. — Tous ensemble ils ont souscrit les 100,000 fr. Cet intérêt énorme a été garanti par vingt ou trente assureurs qui n'ont hasardé chacun que quelques milliers de francs.

Tous ont pu aussi souscrire partiellement, dans un même acte, dans la même police, sans que la communauté d'instrument amène entre eux aucune solidarité, sans que la garantie de chacun en soit moins limitée au montant particulier de sa souscription. (Estrangin, p. 12, 307).

Rien n'empêche l'assuré, pour plus de promptitude, d'ouvrir à la fois, dans la même localité, plusieurs polices, à la même date, ou à des dates diverses, qui, ensemble réunies, couvriront tout son risque. Mais, qu'il y ait une seule police ou plusieurs, que la date en soit la même ou différente, jamais, en aucun cas, les signataires ne seront tenus au-dela de l'engagement personnel de chacun.

Et ce n'est pas seulement sur la même place, que la pluralité des signatures et celle des polices donnent le moyen de diviser et fractionner le risque indéfiniment : plusieurs polices peuvent, pour le même risque, être ouvertes sur diverses places et remplies par un nombre indéterminé de souscripteurs.

Cela n'est pas même limité au territoire entier d'un État ; franchissant les frontières de son pays, l'assuré peut, par ses agents ou correspondants, faire aussi souscrire son risque chez les nations étrangères : par où il arrive que la fortune privée de l'armateur de tel pays, se trouve garantie par celle d'une foule d'assureurs de toutes les contrées, de toutes les nations. (Pothier, *Contrats aléat.*, p. 251).

Par suite des progrès du commerce et de l'assurance, on a même épargné aux armateurs la peine de chercher divers assureurs, dans leur pays même ou à l'étranger.

Les assureurs, qui d'abord assuraient isolément, ont eu l'idée de se rapprocher, de s'unir, de s'associer ensemble. Ils ont formé des *sociétés* ou *compagnies d'assurances*, dont les agents ou directeurs ont pu signer, au nom de tous, pour des sommes importantes. Et il n'a pas même été besoin d'aller demander à ces compagnies leur signature dans le lieu où elles siégeaient, en France ou à l'étranger : leurs bureaux ou leurs agents se sont établis partout, sur tous les points commerciaux du globe.

Et remarquons que, par là, on ne s'est point écarté du principe de la division, du fractionnement du risque.

Car 1° si, en général, les compagnies souscrivent pour des sommes plus élevées que les assureurs particuliers, il est rare qu'elles couvrent, à elles seules, des risques d'une certaine importance : la plupart et le plus souvent elles ne souscrivent que partiellement, pour une quotité du risque (Estrangin, p. 307).

Et 2° quelque importante que soit leur souscription et couvrit-elle le risque entier, ce risque ne se trouve pas moins divisé et réparti entre plusieurs.

En effet, ces compagnies ne se forment généralement qu'en sociétés anonymes, forme de société qui admet un grand nombre de sociétaires et qui permet à chacun de limiter sa mise ou intérêt à une somme médiocre, de sorte que la signature collective, donnée au nom de tous, n'entraîne pour chacun qu'une responsabilité proportionnée à la quotité même de sa mise. Le risque souscrit collectivement, à quelque valeur qu'il s'élève, se subdivise donc en un grand nombre d'intéressés, et, quoiqu'il arrive, chaque actionnaire ne peut-être atteint que pour une petite portion (Estrangin, p. 13, Vincent, t. III, p. 204).

A ces associations, les assureurs semblent, depuis quelque temps, préférer un autre mode d'unité, d'ensemble, de concentration de leurs opérations. Ce sont les *Réunions* ou *Cercles d'assurances*, réunions libres, sans lien social entre ceux qui les composent ; seulement ils donnent tous leur procuration à une ou plusieurs personnes de confiance, avec pouvoir de signer pour chacun d'eux les risques qui s'offriront, jusqu'à

concurrence d'une somme que chacun détermine ; et jamais ces procureurs fondés ne peuvent engager chacun de leurs mandants que jusqu'à la limite ou dans la proportion de la quotité par lui déterminée (Salaber, *Moniteur du comm.*, etc.) (18).

---

(18) C'est cette absence de lien social entre les assureurs d'un même cercle ou d'une même police qui explique comment la chose jugée peut être en dernier ressort pour les uns et en premier pour les autres, suivant que l'intérêt de chacun sera supérieur ou inférieur à 1,500 fr. Cette situation pourra sans doute donner lieu à des anomalies choquantes, lorsque la décision de première instance, qui constitue la chose irrévocablement jugée par les uns, sera réformée sur l'appel des autres ; mais cela est forcé, en l'état des principes, et peut du reste se retrouver ailleurs. Voy. en ce se sens : Bédarride, n° 1081 ; Lemonnier, *op. cit.*, t. II, p. 230 ; Alauzet, *Assur.*, t. I, p. 401 ; Bordeaux, 11 fév. et 8 mars 1841, 14 nov. 1842, 22 fév. 1844 ; Rennes, 26 mars 1849 ; Cass. 29 mai 1850, et 3 mars 1852 ; Aix. 18 août 1852 ; Grenoble, 17 fév. 1852 ; Aix, 1er déc. 1857 et 20 janv. 1860 ; Cass., 20 mars 1860 ; Bordeaux, 26 août 1861 ; Cass., 18 février 1863 ; Aix, 21 nov. 1866. (Dalloz, *Jur. Gén.* v° *Dégrés de juridiction* n° 157 4° et *P.* 1851. 2. 154, 1850, 1. 237, 1852. 1. 91 et 93, 1854. 2. 253, 1857. 2. 127, 1860. 1. 273, 1863. 1. 372. — *J. M.* 20. 2. 136, 22. 2. 45, 23. 2, 68. 29. 2. 19 et 45, 31. 2. 66, 32. 2. 145, 31. 1. 176, 38. 1. 49, 1861. 2. 125, 1864. 2. 56, 1866. 1. 80). En sens inverse Negrin, dans un ouvrage spécial consacré à la question, et intitulé : *Du Droit d'appel limité à 1,500 francs surtout en matière d'assurances maritimes*, p. 275 et sq. Aix, 11 déc. 1812 ; Bordeaux. 24 nov. 1829 ; Aix, 5 janvier 1844, 2

De quelque manière donc qu'un risque soit souscrit, qu'il le soit par des assureurs particuliers entièrement isolés, qu'il le soit, en tout ou en partie, par des assureurs réellement associés entre eux, ou par des assureurs simplement rapprochés par une procuration commune, toujours est-il que le risque se fractionne, se divise ou subdivise entre un grand nombre de personnes.

Et (chose admirable et pourtant bien simple) de là il arrive que ce qui dépassait les forces d'un seul homme, ce qui l'eût accablé et écrasé, réparti sur plusieurs, n'est plus pour chacun que peu de chose, qu'une faible charge, qu'un poids léger et presque insensible !

Tel naufrage qui eût englouti la fortune entière d'un armateur, n'est plus, pour chacun des intéressés, qu'une

---

janv. 1847 et 14 août 1850, cassé par l'arrêt de cassation du 3 mars 1852 précité. (*J. M.* 3. 1. 40, 10. 2. 220, 23. 1. 1, 26, 1. 35, 29. 1. 79).

Cette solution une fois admise, la situation ne se trouverait pas modifiée par la demande que les assureurs feraient, à titre de dommages-intérêts, d'une somme inférieure à 1,500 francs, car, aux termes de l'article 2 de la loi du 11 avril 1838, lorsqu'une demande reconventionnelle aura été formée dans les limites de la compétence des tribunaux civils de première instance en dernier ressort, il sera statué sur le tout, sans qu'il y ait lieu à l'appel. — *Secus* de l'assuré demandeur, car pour lui la somme réclamée à titre de dommages-intérêts vient s'ajouter à la demande principale et fait corps avec elle ; *sic* Aix, 14 janv. 1874 (*Ibid.* 1874. 1. 217).

perte de quelques milliers de francs qu'il supporte avec facilité (19).

Cependant reste encore une difficulté, un point qui a besoin d'explication.

La valeur en risque se trouve ainsi divisée et réduite pour chacun de ceux qui y participent.

Mais les risques, en eux-mêmes, ne sont pas éteints, ils sont partagés, mais subsistent toujours sur plusieurs comme sur un seul ; ils restent les mêmes pour mille écus que pour cent mille.

Comment l'assureur se décide-t-il à prendre sa part, grande ou petite, dans la charge de tels risques ? Quel avantage, quel profit peut-il s'en promettre ?

Il reçoit une indemnité, une prime, mais cette prime est, au moins habituellement, fort modique, hors de toute proportion avec la somme qu'il garantit et s'oblige à payer en cas de perte.

Celui qui assure une somme quelconque, à 2 0/0 de prime, par exemple, expose 100 francs contre 2 francs, c'est-à-dire que, pour 2 francs qu'il reçoit ou qu'on lui promet, il s'oblige à en payer 100 en cas de malheur.

---

(19) La même considération doit, en cas de contestation et dans le doute (nous disons *dans le doute*), faire pencher la balance du côté des assurés et trancher le différend en leur faveur. C'est dans cet esprit du reste que les tribunaux se sont toujours prononcés sur ces questions, et cela nous paraît, quoi qu'on en dise, très-équitable.

Or n'est-ce pas là un marché de dupe, une folle et ruineuse spéculation ?

On pourrait le dire, en effet, si un assureur se bornait, dans sa vie, à souscrire à une seule assurance, si jamais il n'opérait que sur les chances d'un risque unique.

Mais, bien loin de là, l'habitude et l'intérêt des assureurs est de répéter cette opération, de multiplier le plus possible ses souscriptions, d'étendre ses chances sur un grand nombre de risques, à divers assurés, sur divers navires, pour divers voyages.

Ne semble-t-il pas pourtant qu'en multipliant ses souscriptions, l'assureur multiplie aussi les risques qu'il court, les chances qui le menacent ?

Ce n'est là qu'une apparence trompeuse, car la vérité est (et l'expérience comme la théorie le démontrent) que plus l'assureur répéte sa souscription, plus il multiplie et varie ses actes, et plus les chances contraires diminuent, plus les chances favorables s'accroissent.

Et, en effet, par cela même que les chances se multiplient et se diversifient, elles se *balancent* et se compensent les unes par les autres.

Le calcul comme l'expérience prouvent que, sur un nombre donné de navires qui mettent en mer, il n'est pas possible qu'il en périsse plus d'un, et plus on augmente le nombre des navires, plus cette chance fatale diminue.

L'assureur doit donc éviter de rester au-dessous de ce nombre, et, au contraire, chercher à le dépasser le plus possible.

S'il a bien opéré, et qu'un sinistre vienne à l'atteindre, il trouvera dans les primes de ses divers risques, les moyens de compenser cette perte, et même au-delà, et en définitive, il y aura pour lui bénéfice dans l'excédant de ses primes réunies sur les pertes qu'il aurait éprouvées.

Dans d'autres matières, du reste, nous pourrons trouver des exemples de combinaisons de ce genre produisant, pour ceux qui s'y lancent, des résultats semblables.

Exemple tiré de la *loterie* : on s'engage à payer aux gagnants plusieurs milliers de fois leur mise. Cela semble ruineux, et pourtant c'est fort lucratif, attendu le grand nombre des mises qui compensent et dépassent ce qu'on peut avoir à payer.

Autre exemple : Voilà des commissionnaires ou banquiers qui, pour un droit très-faible, endossent des effets de commerce, avec ou sans garantie. Un bénéfice répété sur le grand nombre qui seront payés, balance et surpasse la perte plus ou moins forte résultant de la faillite de tel ou tel signataire (20).

Pour revenir à notre sujet, voici, en résumé, tout son mécanisme :

D'une part, division des risques, répartition des

---

(20) Voy. dans Valin, t. II, p. 29, Pothier, *Du jeu*, t. IV, p. 570 ; Baldasseroni, t. I, p. 22 ; Christian sur Blakstone, t. III, p. 467 à la note ; Estrangin, p. 12 ; Vincens, t. III, p. 204, des observations analogues.

valeurs assurées entre un grand nombre d'assureurs ; et d'autre part, multiplicité et variété des chances que ces assureurs prennent à leur charge ;

Tels sont les deux moyens combinés, et aussi simples qu'ingénieux, par lesquels l'assurance marche, prospère et produit tous ses grands effets.

Arrêtons-nous un moment sur les assureurs.

Cette classe d'hommes, leur industrie ou profession, méritent notre intérêt à plus d'un titre.

Ils font le bien général, l'avantage du commerce et des États. Sans doute c'est, avant l'intérêt public, leur avantage personnel qu'ils se proposent ; mais il est beau, il est honorable que leur avantage particulier fasse, en même temps, celui de tous.

Ces résultats, ils ne les obtiennent pas sans peine, sans étude, sans péril.

Leurs spéculations exigent beaucoup de prudence, d'études, d'habileté et de courage, tout à la fois.

Combien de chances et de combien d'espèces il faut qu'ils embrassent dans leur prévoyance et dans leurs combinaisons !

Il faut que l'assureur consulte les saisons et les éléments, qu'il en apprécie l'inconstance, les caprices, les fureurs ; qu'il étudie les mers, les ports, les côtes des deux mondes ; qu'il connaisse les parages dangereux, les entrées difficiles, les courants et les écueils redoutables.

A ces dangers des lieux et des éléments, il faut qu'il

joigne ceux qui proviennent des hommes, ceux qui proviennent des pirates ou voleurs de mer, ceux des peuples divers chez qui les navires abordent.

Il faut de plus qu'il épie et pressente la politique des gouvernements ; qu'il juge leurs relations, leurs projets possibles, l'état de paix ou de guerre existant entre eux ou les hostilités qui peuvent survenir, leur durée ou leur gravité probables.

Outre ces vues générales qui doivent dominer toutes ses opérations, l'assureur doit encore fixer ses regards sur les circonstances particulières à chaque risque ; si chacun des navires qu'il assure est bon ou mauvais, s'il est ou non propre à la navigation entreprise, s'il est ou non bien commandé, etc.

Voilà les chances habituelles, inévitables que l'assureur affronte, qu'il doit prévoir, apprécier et combiner pour établir le taux de ses primes, pour savoir à quel prix il peut souscrire ses divers risques, pour juger quel sera le résultat de l'ensemble de ses opérations.

Comment y parera-t-il ?

« Pareilles spéculations sont l'ouvrage du génie. Il faut faire l'analyse des hasards et posséder la science du calcul des probabilités. Il faut réunir la théorie, l'expérience et le génie. » (Estrangin, t. I, p. 13).

Mais, il faut le dire, ces calculs savants, ces théories approximatives, de quelque expérience et de quelque génie qu'ils soient soutenus, sont bien loin d'être infaillibles et de pouvoir parer à tout. Les auteurs en conviennent : indépendamment des chances ordinaires,

communes, plus ou moins faciles à pressentir, il est des cas insolites, extraordinaires, qu'on ne peut apprécier avec justesse, qu'il est même impossible de prévoir, et qui, par conséquent, échappent aux calculs et aux approximations.

Aussi ces mêmes auteurs reconnaissent-ils, avec regret, que toute la prudence humaine, que toute la théorie, dirigée par l'expérience, ne sont que trop souvent fautives et trompeuses. (Emérigon, *loc. cit.*, Baldasseroni, p. 22).

Et, en effet, voici d'autres chances qui, bien plus encore, échappent à tout calcul et se jouent de toute combinaison.

Les chances dont nous avons parlé supposeraient un assuré de bonne foi, un capitaine honnête homme.

Mais que sera-ce si, aux dangers des éléments, nous ajoutons ceux de la malice humaine, si, aux écueils de la mer, nous joignons ceux de la mauvaise foi, si nous supposons un assuré, un capitaine de mauvaise foi, disposé à tromper les assureurs ?

Auprès de celles-là, les autres chances ne sont rien. Dans le contrat même, et hors du contrat, l'assureur est exposé à mille dangers de ce genre.

La nature même de l'assurance veut que l'assureur contracte, pour ainsi dire, en aveugle ; qu'il ne voie rien que par les yeux des assurés, qui ont seuls le secret de leur entreprise, la connaissance intime des faits : l'assureur ne connait la chose et ses circonstances, le risque et tout ce qui en dépend, que par l'exposé de

l'assuré ; il est obligé d'ajouter foi aux déclarations qu'il lui fait, aux pièces et aux titres qu'il lui exhibe, il n'a ni le temps ni le moyen d'aller chercher souvent loin, des renseignements difficiles.

C'est pour cela que les lois et les auteurs comparent les assureurs à des *pupilles*. (*Guidon*, chap. II, art. 15; Emérigon, t. I, p. 17 ; Baldasseroni, t. I, p. 8).

L'assuré peut donc facilement abuser de sa position, faire à l'assureur un risque tel qu'il l'entend, déclarer faussement telle au telle circonstance, en dissimuler perfidement telle ou telle autre, non-seulement dénaturer le risque existant, mais en supposer un qui n'exista jamais, ou qu'il sait ne plus exister.

Hors du contrat, que de fraudes et de suppositions sont possibles, de la part des assurés, de leurs agents, surtout des capitaines !

Faits supposés, dépenses simulées, comptes exagérés, tout cela mis à la charge des assureurs comme avaries. Quand ils n'inventent pas les faits ou les dépenses, les capitaines leur donnent une couleur ou un caractère qui les fait encore tomber à leur charge. Quelque accident qui leur arrive (faute ou vétusté du navire), ils l'imputent à un cas fortuit, à une manœuvre forcée, et les font ainsi tomber en *avaries grosses*, que les assureurs supportent en définive.

Bien plus, les capitaines peuvent imaginer un chargement qu'ils n'ont jamais reçu, puis un sinistre, un naufrage qui n'a jamais eu lieu ou qui du moins a été volontaire, concerté, de dessein prémédité, et ruiner les

assureurs pour s'enrichir eux-mêmes ou de faux chargeurs avec qui ils s'entendent.

Bien plus encore, ils peuvent inventer à la fois et le navire, et le chargement, et le naufrage, tous également imaginaires. On a vu plus d'un exemple de cette double ou triple supposition, et il est même arrivé qu'elle a été couronnée d'un plein succès, dans l'impuissance où se trouvaient les assureurs de prouver la fausseté de pièces réputées légales jusqu'à preuve du contraire !

Voilà un ordre de chances sur lesquelles ont peu de prise sans doute les calculs savants, les théories approximatives.

Pour se prémunir contre elles, il n'y a guère d'autre moyen que la pratique des places maritimes, des hommes qui s'y font assurer, des marins qui les fréquentent, des capitaines qui y abordent.

Encore cela est-il insuffisant, car il s'agit souvent de garantir des assurés, des navires, des capitaines étrangers, pour des navigations lointaines, sans rapport avec la place où l'on assure.

Lors même qu'on aurait des soupçons sur telle expédition, sur tel navire ou son capitaine, il faut souvent que l'assureur se résigne à ne pas trop scruter les choses, à ne pas trop se montrer difficile sur le choix des risques ou sur le prix qu'il met à leur souscription; car la concurrence est là, charmée de l'écarter ; l'assuré, le courtier exigent que, pour avoir les bons risques, on se charge quelquefois des douteux.

Si la position la plus favorable et la vigilance la plus

active peuvent difficilemeut préserver l'assureur des chances de cette nature, y aura-t-il du moins un moyen d'y remédier, de démasqner la fraude qu'on aurait commise, de se défendre contre ceux qui voudraient en recueillir le fruit ?

Les lois ne pouvaient manquer de venir au secours de ceux qui, d'une part, sont si utiles au commerce, et, d'autre part, si faciles à tromper et si souvent trompés en effet. Nous verrons la législation sur ce point.

Mais quelles difficultés n'y a-t-il pas encore pour les assureurs à démasquer la fraude, à se défendre en justice d'un paiement indû ?

Les assurés arrivent armés de toutes pièces ; ils ont pu, de longue main, préparer et combiner leurs titres; ces titres (connaissements, consulats, etc.) sont des pièces auxquelles, pour des motifs d'un haut intérêt, on a généralement attaché la force et les effets d'actes légaux, authentiques.

Il faut que les assureurs combattent tout cela, par des pièces, par des preuves capables de l'emporter.

Où faut-il qu'ils aillent les demander ? Le plus souvent dans des pays lointains, où les assurés ont leurs correspondants, exercent une influence, ont tout le monde disposé à les servir ; où les assureurs n'ont au contraire ni crédit, ni protection, ni correspondance.

La difficulté s'augmente d'ailleurs par leur nombre même ; s'ils sont divisés, isolés, s'il n'y a point entre eux d'unité, d'ensemble, que d'incertitudes, de longueurs, de frais, entraînent leurs démarches ?

De là le dégoût s'empare de quelques-uns, les assurés et leurs agents en profitent ; le besoin de ne pas rompre avec eux, de les ménager, amène des défections, des compositions.

S'il en est qui persistent, et qui, après bien du temps, des frais et des peines, veulent que la justice prononce enfin, un autre écueil les attend auprès de leurs juges, quelque puisse être d'ailleurs leur droit.

Ce sont des préventions, une sorte de défaveur trop généralement répandue contre eux.

Ces préventions, cette défaveur sont-elles méritées? D'où proviennent-elles ?

Ce sont des docteurs ultramontains qui d'abord ont fait aux assureurs une assez mauvaise réputation : ils ont dit d'eux qu'autant ils sont prompts et faciles à recevoir les primes, autant ils sont lents et difficiles à payer les pertes. Ils les ont accusés de recourir, pour éluder le paiement, aux *exceptions et aux subterfuges de la chicane.* (Straccha, Santerna, Roccus, Ansaldus, de Luca, cités par Emérigon, t. II, p. 276).

Emérigon prend la peine de citer leurs paroles, et il y ajoute cette petite malice un peu libre : « On les a comparés aux femmes qui conçoivent avec plaisir, et qui enfantent avec douleur. »

Mais aussitôt il a la bonne foi d'y mettre le correctif, de dire que, s'il est des assureurs qui élèvent de mauvaises difficultés, *il en est beaucoup qui sont la victime de leur bonne foi ;* que souvent ils paient ce qu'ils seraient en droit de disputer, et il renvoie à divers exemples de la facilité des assureurs Marseillais.

Il ne faut donc pas, surtout hors d'Italie, s'arrêter aux boutades de légistes cédant à un accès d'humeur ou consultant pour des assurés, dans un pays où les assureurs passent encore aujourd'hui, à tort ou à raison, pour *briller quelquefois davantage par la subtilité des arguments que par la bonne foi dans l'exécution des engagements*. (Vincens, t. III, p. 206).

Au surplus, en Italie même, de sages et impartiaux esprits ont voulu réhabiliter les assureurs.

Casaregis (*Disc.* II, n° 12) disait que, dans nos temps modernes, depuis que les capitaines commettent de si fréquentes fraudes, les assureurs sont dignes de plus de faveur et de protection que les assurés.

Et plus récemment Baldasseroni a vivement attaqué ces vieux brocards lancés contre les assureurs (t. I, *Préf.* p. 5). Il examine les fraudes dont ils sont les victimes : « On peut, dit-il, hardiment affirmer que les pertes indûment payées par les assureurs, surpassent de moitié celles qu'ils contestent injustement. » Il dit que, dans certaines navigations, les naufrages, les accidents sont, pour la plupart, concertés, arrangés d'avance, et il en cite de nombreux exemples, qui ont ruiné les assureurs et les compagnies de Livourne. — Il veut donc que, bien loin que la balance des tribunaux penche contre les assureurs, on tienne pour axiome légal, que, dès dès qu'il y a doute, les assureurs soient plutôt absouts que condamnés, par la raison que la faveur est due à celui qui plus facilement a pu être trompé. (*Ibid. préf.* p. 8, 22 et 23).

Il s'en faut que ce soit là un axiome légal, pour les tribunaux en général, et en particulier pour les cours supérieures, surtout quand leur position les éloigne des ports de mer, des grandes places maritimes. Ces tribunaux et cours ne voient trop souvent qu'une chose : d'une part, un homme exposé à perdre toute une valeur importante, et d'autre part, plusieurs hommes que cette perte ne peut atteindre que partiellement, et leur balance penche d'elle-même en faveur du premier.

D'ailleurs les magistrats sont mal placés pour se faire une idée juste des grands services que l'assurance rend au commerce, de l'indispensable appui que les assureurs lui prêtent. Faute d'expérience, ils ne peuvent apprécier la manière dont ceux-ci contractent, les piéges sans nombre qui leur sont tendus, les fraudes journellement combinées à leur préjudice, les difficultés de toute espèce qu'il y a pour eux à découvrir, à dévoiler ces fraudes, à en fournir des preuves concluantes (20).

Nous verrons quelles ont été parfois les conséquences désastreuses de ces vieilles préventions, que les assurés et le zèle de leurs défenseurs ont grand soin de nourrir

---

(20) Un homme que son nom parlementaire avait fait magistrat, opinait toujours contre les assureurs, qu'il appelait des *coquins, d'usuriers*. Cet homme eut un jour à faire venir par mer d'Italie je ne sais quels effets lui appartenant. L'expéditeur les fit assurer, il y eut naufrage, et les assureurs payèrent. Le magistrat parut, depuis, un peu réconcilié avec l'assurance et les assureurs. (*Note de M. Cresp*).

dans l'esprit des juges : sans doute ces juges les subissent à leur insu, mais ils ne s'en préparent pas moins d'amers regrets.

Cependant soyons justes et vrais.

Nous n'entendons pas dire que les assureurs n'aient encouru aucun reproche, qu'ils n'aient eux-mêmes contribué à répandre ou entretenir la défaveur qui semble s'attacher à eux.

Il y avait naguère, généralement et surtout à Marseille, un grand vice dans leur manière de contracter, dans leur manière de se défendre, c'est qu'ils signaient et agissaient sans aucun rapport entre eux, dans un complet isolement les uns des autres.

En contractant, les assurés, leurs agents ou courtiers, les prenaient en détail un à un, et leur faisaient individuellement la loi ; impossible de réfléchir, de s'éclairer, de se concerter sur la convenance du risque, sur le taux de la prime et autres conditions ; ce que l'un avait commencé par faire, était ordinairement imité par tous. Bien plus, il arrivait qu'en contractant successivement, les assureurs n'exigeaient pas même que les conditions et circonstances du risque fussent fixées par écrit, se mettant ainsi à la plus entière discrétion de l'assuré ou de ses agents.

Venait ensuite l'événemennt du risque ; c'était une perte, une avarie plus ou moins importante.

Chez certains assureurs que l'expérience avait rendus soupçonneux, aucun accident pareil n'arrivait naturel-

lement, n'était exempt de faute ou de dol, de la part de l'assuré ou de ses préposés.

Pour quelques-uns, il fallait, quoi qu'il en fût, contester, parce qu'ils s'étaient engagés dans l'assurance sans grands moyens pécuniaires, comptant sur leur étoile et la rentrée des primes.

La masse était incertaine, sans correspondance au dehors, sans unité, sans direction à l'intérieur, quelque contestation qu'on élevât, on manquait rarement d'un *conseil* qui fît espérer un succès.

De là vient, il faut le dire, qu'on a vu engager et soutenir de mauvais procès, en assez grand nombre, et ce n'était pas là le moyen de ramener les magistrats à être plus favorables aux assureurs.

Quel remède y avait-il à cet état de choses que j'ai eu longtemps sous les yeux ?

C'était, selon moi, je ne cessais de le dire, que les assureurs fissent cesser, autant que possible, leur isolement ; s'ils tenaient à l'habitude de signer individuellement, qu'ils se créassent au moins un centre commun et des moyens d'action bien dirigés, un syndicat, des agents ou correspondants sur tous les points essentiels; — mieux que cela, qu'ils eussent recours à l'esprit d'association, qu'ils missent en commun leurs moyens et leurs forces ; où, si des liens sociaux leur répugnaient, s'ils y voyaient des inconvénients, qu'ils se formassent en *réunions libres*, réunions qui, convenablement dirigées, ont les avantages des assurances particulières, sans en avoir les inconvénients. (Lloyds, etc.)

Par là disparaîtraient d'abord bien des abus et des dangers attachés à la manière de contracter. Les assurés et leurs agents n'imposeraient plus leur volonté comme une loi. Le choix des risques et leurs conditions seraient plus librement débattus.

Et, lors de l'évènement, les assureurs pourraient avoir, ou se procurer promptement, par leur correspondance sur tous les points commerciaux, tous les renseignements et pièces nécessaires, décider en connaissance de cause, s'il convenait de se résigner à payer ou, de se préparer à combattre, et enfin soutenir avec vigueur et succès la lutte qui serait devenue inévitable.

C'est enfin ce que les assureurs se sont décidés à faire, à Marseille comme ailleurs ; des compagnies ou cercles d'assurance existent aujourd'hui partout, ce qui n'empêche pas qu'il y ait encore des assureurs particuliers, qui signent et agissent par eux-mêmes, en dehors de tout concert, de toute réunion.

Mais, quel que soit le mode adopté, que les assureurs soient indépendants ou liés entre eux, ce qu'on ne saurait trop leur recommander, c'est, avant d'engager une lutte quelconque, d'être pour eux-mêmes des juges sévères, de demander à leurs *conseils* des avis francs, impartiaux, dégagés de toute complaisance, de mettre à l'écart tous moyens évasifs, toute contestation douteuse, de n'entrer enfin dans un procès qu'avec la conviction, et autant que possible, la certitude de leur bon droit.

Telles sont les exhortations que déjà leur ont adressées deux auteurs qui étaient leurs amis (Baldasseroni, *préf.* p. 9, Estrangin, p. 15).

Ils leur ont dit de réfléchir que si jamais il n'y avait de sinistres, il n'y aurait pas non plus d'assurances ; que c'est précisément en vue des pertes possibles et pour en être couverts par eux, que les assurés ont consenti à leur départir une portion de leurs bénéfices ; qu'autant il leur convient d'être censés et prudents lorsqu'ils souscrivent le risque, autant il leur convient d'être exacts, francs et loyaux lorsqu'un sinistre se vérifie ; que vis-à-vis de l'assuré de bonne foi, ils doivent même renoncer aux moyens légaux dont l'emploi pourrait sembler trop rigoureux, qu'enfin ils doivent regarder le commerce auquel ils se livrent, comme toute autre négociation qui exige des connaissances, des capitaux et du bonheur.

Il faut, en effet, que l'assureur ait, à un degré suffisant, de toutes ces choses, pour que l'assurance ne soit pas pour lui une cause infaillible de ruine.

Mais l'assurance est-elle, en général, pour les assureurs une source de profit, de fortune ? Les enrichit-elle communément ?

Il s'est trouvé quelqu'un qui a dit que la chose était vraie, généralement parlant, mais Baldasseroni qui la cite (t. I, p. 22) est bien loin d'admettre cette assertion comme indubitable dans sa généralité. Elle est, selon lui, bien démentie par la manière dont les assureurs contractent et par les fraudes sans nombre dont ils sont victimes.

Cet avis de l'auteur italien est, je crois, confirmé par une expérience journalière.

Je n'ai jamais entendu citer un *seul assureur* qui se fût enrichi à ce commerce : pour les plus heureux ou les plus habiles, l'excédant des gains sur les pertes n'a jamais eu une grande importance; j'ai ouï dire que l'assurance peut bien faire vivre, mais qu'elle ne saurait enrichir.

Voyez les grandes compagnies d'assurance maritime, formées à Paris, ailleurs, à l'étranger : malgré leur réunion de capitaux, leur centre d'action, leur science du calcul, combien il en est qui ont été forcées de renoncer à ces hasardeuses spéculations ?

Comment se fait-il donc qu'il y ait des assureurs, qu'il s'en présente en foule, soit pour opérer isolément, soit pour rentrer dans des compagnies toujours plus nombreuses, au point que la concurrence est une des grandes causes qui a porté coup à leur industrie ?

Parmi diverses causes, on peut indiquer celles-ci :

C'est 1° que les jeux du sort, les spéculations sur le hasard, tout ce qui est aléatoire, en un mot, semble avoir pour les hommes en général, un dangereux, mais invincible attrait. Quelque menaçant que soit ce péril, on veut l'affronter, se flattant d'être plus heureux que d'autres. Et d'ailleurs celui qui débute est loin d'avoir une idée de ce qu'est le risque en réalité ; quand l'expérience vient, l'habitude est prise, et l'on y reste, par la difficulté d'en sortir :

2° Pour être assureur, l'opinion ordinaire, quoique

trompeuse, est que l'on n'a besoin ni de science ni de fonds. Point d'avances à faire, point d'établissement, point d'expéditions à choisir, à former : signer, attendre, recevoir ou payer, voilà tout. D'ailleurs, pour des opérations si simples et toujours les mêmes, il n'est pas besoin d'écritures bien compliquées, il suffit de quelques notes jetées journellement sur un mémorial.

Quoi qu'il en soit, il est certain que nulle profession commerciale n'est plus utile, plus intéressante et plus périlleuse que celle d'assureur ; aucune ne mérite plus que celle-là la protection des lois et la faveur des tribunaux (21).

---

(21) Nous avons tenu à n'interrompre par aucune réflexion inopportune la série de ces longues et intéressantes observations. Il y a tant de charme à entendre traiter ces questions avec une pareille compétence, à un point de vue si juste et si impartial, et enfin dans un langage si élevé ! La conséquence qui résulte malheureusement de ceci, c'est qu'ici, pas plus qu'ailleurs, ce n'est le règne de la bonne foi, et si quelques assurés, pour se tirer d'une situation critique ou seulement embarrassée, ne reculent pas devant certains actes que l'honnêteté, à défaut de la loi, condamne, tels que *faits de réticence, baraterie, fausses déclarations d'innavigabilité,* les assureurs ont d'un autre côté le tort, pour échapper à une responsabilité qu'ils devraient en conscience assumer, non-seulement d'user, comme le dit M. Cresp, de tous les artifices de la procédure, mais encore de faire entrer en ligne de compte dans la lutte leur opulence, leur grande situation, leurs moyens d'action si puissants aujourd'hui, et par là (cela s'est vu) de faire échec à

Bien que ce que nous étudions avant tout, ce soit l'*assurance maritime*, dans ses règles et dans sa perfection actuelles, nous ne pouvons ignorer ou oublier que bien d'autres espèces en ont existé et en existent encore, car, aujourd'hui l'assurance est partout et s'applique à tout généralement.

De ces autres espèces, il faut bien au moins que les principales soient pour nous l'objet d'un rapide aperçu, ne fût-ce que pour mieux nous pénétrer des principes et de l'excellence de celle qui nous occupe essentiellement.

Et d'abord dans l'assurance maritime elle-même, on peut en distinguer de plusieurs espèces.

La plus connue, la plus usitée, la plus utile, la plus admirable, c'est cette assurance qui garantit les risques de mer, par une convention directe, unique, indépendante de tout autre contrat.

Mais c'est là, en cette matière, le dernier effort de l'industrie humaine.

On se rappelle que, plus anciennement, l'assurance n'existait que réunie à d'autres conventions ; dans le

---

la justice. En pareil cas les tribunaux ont le devoir de venir en aide au plus faible, quel qu'il soit ; car, s'il est extrêmement utile de ne pas décourager le commerce des assurances, il serait immoral d'autre part que ce commerce devint, en même temps qu'une source de gains illicites pour ceux qui s'y adonnent, un véritable leurre pour ceux qui y ont recours.

prêt à la grosse, réunie ou accessoire à un prêt; dans d'autres circonstances, réunie ou accessoire à un transport par mer, à un affrètement, (Voir ci-dessus p. 9 et 17).

Malgré le perfectionnement de l'assurance, par sa simplification et son isolement de tout autre contrat, ces anciennes formes, ces contrats complexes, combinaisons de plusieurs, ont pu avoir encore leur utilité et convenir dans certaines circonstances données.

Ainsi, l'on a continué d'emprunter à la grosse, quand des avances ont été nécessitées par l'insuffisance de fonds chez les armateurs, et surtout par les besoins survenus en cours de navigation.

Ainsi, quand l'État a affreté, pour les services publics, les navires des particuliers, on a mis à la convention d'affrètement cette condition, que l'État serait garant envers les propriétaires des pertes et dommages qu'éprouveraient les navires loués.

Emerigon (t. I, p. 88) et Valin (t. I, p. 661) nous parlent de cette assurance comme usitée de leur temps. Et nous en avons vu des exemples contemporains, dans les affrètements qu'a faits la marine pour l'expédition de Morée en 1828, pour celle d'Alger en 1830, et plus récemment, pour celles de Crimée, de Chine ou de Syrie.

Autres exemples d'assurance jointe à une convention d'affrètement, mais en sens inverse; ce n'est plus l'affréteur ou locatiare du navire qui se rend assureur de ce navire, mais au contraire le fréteur ou locateur, représenté par le capitaine, qui s'y rend assureur de la

chose qu'on lui confie pour la transporter à telle destination (22).

Tout cela constitue des variétés ou applications diverses de l'assurance maritime.

Mais sortons de ce cercle, et voyons au-delà.

L'assurance maritime, comme le nom l'indique, ne s'applique proprement qu'aux risques de la *mer*, qu'aux choses qui voyagent sur mer, qui sont transportés par mer.

C'est essentiellement ce mode de voyage ou de transport qu'on a dû avoir en vue de faire garantir, parce que, de tous les risques connus, ceux de la mer sont incomparablement les plus graves, les plus multipliés, les plus imminents.

Mais d'abord on sait qu'il est une autre sorte de navigation, de transports par *eau*, que ceux qui s'effectuent par mer : c'est la navigation intérieure, la navigation, le transport par canaux ou rivières, lacs ou étangs.

Cette navigation, cette voie de communication et de transport, a bien aussi son importance ; elle influe puissamment aussi sur la prospérité du commerce et des États (Clairac, *Navig. des fleuv. et riv.* p. 467).

Et elle a bien aussi ses chances et ses périls. Ils sont en général moins grands, moins effrayants que ceux de la mer, mais il faut se garder de dire avec Dumoulin (*Controv.* n° 95) que naviguer sur un fleuve, ce soit

---

(22) Voy. dans un arrêt de cassation en date du 12 août 1856 (D. P., 1856. 1. 362), un exemple de cette convention.

navigare ita tute, ut cesset justus timor periculi; car Emérigon lui répond avec raison (t. II, p. 412 *in fine) qu'il n'est point de navigation qui n'ait ses dangers plus ou moins grands.*

Pourquoi donc l'assurance ne garantirait-elle pas aussi cette navigation moins périlleuse ?

Il paraît que, dès longtemps, le commerce en a fait cette application.

On en trouve une disposition expresse dans le *Guidon de la mer*, chap. XVII, art. 1 (Clairac, p. 275), dans les ordonnances de Hambourg, de Middlebourg, de Suède (Baldasseroni, t. I, p. 559 et sq.).

L'ordonnance de 1681 n'avait rien dit d'exprès sur ce point. Le Code de commerce (art. 335) dit que l'assurance peut être faite... *pour tous voyages et transports par mer*, RIVIÈRES ET CANAUX NAVIGABLES.

Le Code n'a donc pas distingué les deux navigations, maritime et intérieure ou fluviale ; ses dispositions embrassent l'un et l'autre ; et ce que son article 350 a appelé *fortunes de mer*, doit s'entendre des risques de toute navigation quelconque (23).

---

(23) Il ne faut pas donner à cette observation, juste en elle-même, plus de portée qu'elle ne doit en avoir ; quand M. Cresp dit que le Code n'a pas distingué les deux navigations fluviale et maritime, il se place uniquement au point de vue de l'assurance, pour laquelle il y a en effet un texte formel, celui de l'article 335. Mais en dehors de cela, l'assimilation n'existe plus ; nous avons nous-même fourni la preuve de ce point et indiqué des applications t. I, p. 48 et sq., note 6; cpr. t. II. p. 72 et sq.

Il était, en effet, bien difficile de séparer ces choses. Bien souvent la même assurance, le même voyage assuré embrasse l'un et l'autre genre de navigation. Des places maritimes du premier rang sont, en assez grand nombre, situées loin des rivages de la mer, elles ont leur port dans l'intérieur des terres, sur les fleuves et rivières : telles sont (pour ne parler que de notre Europe) Londre, Lisbonne, Bordeaux, Nantes, le Hâvre, etc. Il est donc bien peu d'expéditions qui s'accomplissent entièrement sur la mer, et qui, à leur départ, dans leurs relâches ou à leur destination, ne doivent naviguer sur quelque cours d'eau intérieur. Si on les fait assurer, c'est donc indivisément contre les risques des deux navigations.

Mais rien n'empêche de faire assurer l'une ou l'autre séparément ; si la navigation intérieure est assurée à part, on devra y appliquer les mêmes règles qu'à la navigation maritime proprement dite, parce que notre loi les a comprises et confondues dans les mêmes dispositions.

C'est en ce sens que je vois des compagnies se faire autoriser à assurer, distinctement des risques de mer, *ceux de la navigation intérieure par lacs, canaux et et rivières* (24).

---

(24) Ordonnances d'autorisation de deux compagnies d'assurance, du 22 avril 1818 (Duverger, t. XXI, p. 417 et sp.) — Cela est devenu aujourd'hui d'un usage universel, et l'on voit tous les jours des compagnies d'assurance maritimes assurer

Mais jusque là, il ne s'agit que de navigation, que de voyages ou transports *par eau*.

Il est, pour l'argent, pour les marchandises ou autres objets quelconques, d'autres modes de voyage ou de transport qui même ont dû être plus anciennement employés ; je veux parler de ce qu'on appelle transports *par terre*, effectués au moyen d'animaux ou voitures quelconques.

Et il arrive que ces transports, non plus, ne sont pas sans inconvénients, sans dangers.

Ils devaient surtout en avoir de très-graves dans les premiers temps !

A une époque où il n'y avait pas d'autre moyen de transporter l'argent, les espèces ; où le commerçant, pour solder ses achats ou faire ses recouvrements, était obligé d'envoyer au loin ou d'en faire venir des sommes importantes, faites pour allumer toute la cupidité des malfaiteurs.

A une époque ou la police intérieure des États était impuissante pour procurer la sûreté des routes, pour préserver de mille agressions tyranniques, où le droit des gens, le droit de nation à nation, était peu connu ou peu respecté par les souverains respectifs.

Les risques de terre avaient donc alors presque autant d'intensité que les risques de mer.

(sans autorisation, depuis la loi du 24 janvier 1867) des risques terrestres, lorsque le transport, à raison duquel se produisent les risques, intervient comme la préface ou le complément d'une expédition par voie de mer.

Et il ne faut pas s'étonner qu'on eût cherché à se garantir des uns comme des autres, au moyen de l'assurance, soit pure et simple, soit sous forme de contrat de grosse ; car les docteurs nous apprennent qu'on fournissait alors *à la grosse* de l'argent ou des marchandises pour être transportées par terre au risque du donneur, tout comme on le faisait pour des objets à transporter par mer : ce prêt à la grosse terrestre est appelée par eux *fœnus quasi nauticum* (Décret, *Navig.*, Dumoulin, p. 38, n° 92, Roccus, de *assur.* not. 75, Voët, t. I, p. 769, Richeri, t. IX, p. 313 et sq.).

De là vient aussi que les docteurs ont divisé l'assurance en général, en assurance maritime et en assurance terrestre, l'une s'appliquant aux risques que les objets couraient sur terre, comme l'autre aux risques que ces objets couraient sur mer. (Straccha, de *assec.*, introd. n. 46, p. 11 ; Stypmann, p. 454, n°s 271 et 272 ; Strykus, t. IX, p. 260 ; Marquadus, de *jur. marit.* lib., II, cap. XIII, n° 24 ; Baldasseroni, t. I, p. 361 note ; Azuni, suppl, p. 18).

Ces assurances terrestres, pour transports de terre, ont été prévues et réglées par diverses législations ; *Guidon de la mer*, chap. XVII, art. 2 ; Cleirac, p. 275 ; Ord. de Hambourg, Middlebourg, Suède, Bilbao, Baldasseroni, t. I, p. 359 et sq.).

Mais remarquons que l'importance et le nombre en ont dû beaucoup diminuer, par l'amélioration progressive des choses :

1° Par l'introduction et l'usage des *lettres de change ;*

invention ingénieuse, admirable, qui, par un échange et un transport fictif de deniers, a permis au commerce de faire trouver, sans danger et presque sans frais, tout l'argent qu'il a voulu, dans toutes les parties du monde. Dès lors, a cessé presque entièrement le transport matériel, effectif d'espèces, et avec lui tous les risques qui s'y rattachaient plus particulièrement. (*Guidon*, chap. I, art. 5 ; Cleirac, p. 190 ; Voët, t. I, p. 769 ; Richeri, t. IX, p. 314).

2° L'ordre et la police se sont introduits partout. Les routes ont été à la fois plus sûres et plus fréquentées. On a pu passer d'un pays à l'autre, sous la protection des lois communes à tous les peuples.

Aussi les auteurs remarquent-ils que, dès le temps où ils écrivaient, l'assurance sur transports terrestres était devenue aussi rare que l'assurance maritime était devenue fréquente (*ibid.*).

D'après eux, la première ne serait plus guère usitée que pour faire passer clandestinement d'un pays à l'autre des *marchandises de contrebande*, exposées aux poursuites et aux saisies de la douane veillant aux frontières (Savary, *Dict. du com.*, v° *Assur.*, p. 754 ; Baldasseroni, t. I, p. 358).

Néanmoins je vois des compagnies françaises, *dûment autorisées*, assurer non-seulement les risques de mer et de navigation intérieure, mais encore les risques des transports de terre, par voitures, diligences et courriers.

D'où il faut conclure que ces assurances ont bien

encore leur utilité et qu'elles sont encore très-licitement pratiquées (25).

De l'idée de faire assurer les choses voiturées ou embarquées contre les risques du transport terrestre ou maritime, on a dû assez naturellement passer à l'idée de faire assurer les *personnes* en voyage contre les risques qu'elles couraient sur mer ou sur terre.

De tous les risques qui, dans certains pays et à une certaine époque, menaçaient les voyageurs sur mer, celui qui avait frappé le plus les imaginations, était le risque d'être privé de sa liberté, d'être réduit en esclavage.

Le littoral d'Afrique, les Etats barbaresques, Maroc, Alger, Tunis, Tripoli, nids de pirates, ennemis de la chrétienté, méprisant son droit des gens, faisaient esclave qui tombait entre leurs mains ; et ils ne lâchaient leur proie que contre rançon.

De là, les navigateurs, marins, trafiquants, passagers, songèrent à se prémunir contre ce danger, en faisant assurer leur liberté, c'est-à-dire le prix qu'il en coûterait pour les racheter d'esclavage.

---

(25) Le tribunal de commerce de la Seine était appelé tout récemment à se prononcer sur une question de ce genre ; il s'agissait d'un group d'argent envoyé par voie de terre de Paris à Varsovie, et dont une compagnie d'assurance spéciale avait assuré le risque.

Et de là on fut conduit à faire assurer même la vie du captif, c'est-à-dire que dans le cas où la mort l'empêchait de profiter de son contrat ou d'opérer son retour une fois racheté, l'assurance n'en profiterait pas moins à sa famille, à ses héritiers ou même aux tiers qui auraient fourni les deniers de sa rançon. (*Guidon de la mer*, chap. XVI art. 2 et 3 ; Cleirac, p. 273 ; Ordon. de 1681, *des assur.* art. 9 et 11 : Valin, t. II, p. 53 ; Pothier, nos 29 et 30, 171 à 177 ; Emérigon, t. I, p. 201 et sq.; Azuni, vo *assur.*, § 29 et sq.; Baldasseroni, t. I, p. 342 et sq.) (26).

Ce mode d'assurance avait même été étendu à la terre qui, elle aussi, avait ses pirates et ses forbans, à ceux qui, voyageant dans certaines contrées d'Orient, y étaient aussi exposés à être réduits en servitude ; tels étaient les *pèlerins* qui, pour accomplir leurs vœux, se rendaient à la Terre Sainte. (*Guidon*, *ibid.*, art. 4 ; Pothier, no 177; Baldasseroni, p. 349).

Mais tout cela, depuis assez longtemps, n'a plus été fréquemment pratiqué, et a été mis, pour nous du moins, hors d'usage par nos relations et établissements actuels

---

(26) Il y a trace de cela dans le Code de commerce, tit. *Des loyers des matelots*, art. 267, 268, 269. D'où Boulay-Paty conclut qu'implicitement le Code a autorisé l'assurance sur le prix du rachat. (Note de M. Cresp). — Et, en effet, pourquoi pas ? une pareille assurance rentre très-bien et dans les termes et dans l'esprit de l'article 334.

en Asie et en Afrique, qui, de gré ou de force, y ont fait pénétrer quelque civilisation.

En 1830, notre conquête d'Alger a éteint le principal foyer des pirateries barbaresques, et tout le reste du littoral africain est contenu par la présence de nos armes.

Mais d'autres peuples pourraient être moins respectés. Indépendamment de cela ont voit encore des exemples d'assurances faits contre les violences et rapines qui, selon les pays et les circonstances, menacent plus ou moins les voyageurs.

Et même, de quelque manière qu'on voyage, n'y a-t-il pas toujours pour le voyageur, des dangers résultant du véhicule qui le transporte et de ceux qui le dirigent.

Une voiture défectueuse ou mal soignée, l'imprudence ou l'inhabileté d'un cocher ou d'un conducteur peut amener pour ceux qu'il transporte, des accidents ou blessures, ou même leur coûter la vie. Il n'y en a eu que trop d'exemples surtout, depuis l'établissement des voies ferrées.

De là des assurances assez pratiquées qui garantissent aux voyageurs, victimes des accidents, une indemnité pour eux-mêmes ou pour leur famille.

De là encore, les propriétaires de voitures publiques ou privées, responsables qu'ils sont du fait de leurs agents ou préposés, ont eu l'idée de se faire eux-mêmes

assurer contre la chance des indemnités qu'ils auraient à payer (27).

Mais passons à un autre ordre d'assurances, purement terrestres, qui ont acquis, de nos jours, un immense dévelloppement.

Les hommes ont considéré que ce n'est pas seulement lorsqu'elles se mouvraient, qu'elles voyageaient, qu'elles étaient voiturées ou embarquées, que les choses étaient exposées à périr ou à être endommagées ; ils ont considéré que leurs marchandises dans les magasins, que leur mobilier dans les maisons, couraient aussi des dangers, que leurs maisons elles-mêmes, leurs propriétés immobilières étaient aussi en péril.

De tous les dangers possibles, celui du *feu* était le plus effrayant, le plus terrible, le plus fréquent, le plus difficile à prévenir et à arrêter.

De là devaient naître et sont venues en effet les *assurances contre l'incendie*, c'est-à-dire ces conventions par lesquelles des assureurs, moyennant une prime une fois payée ou annuelle, promettent à un propriétaire de l'indemniser, si sa chose vient à périr ou à être endommagée par le feu.

---

(27) Cette dernière forme d'assurance est aujourd'hui très-pratiquée, bien qu'on en ait contesté quelquefois la légalité, en se fondant sur l'article 1384 Code civ. Mais l'opinion est faite sur ce point depuis longtemps ; l'article 353 Cod. com. fournit du reste dans le sens, de la validité, un argument d'analogie écrasant.

Ces sortes d'assurances ont commencé dans le nord de l'Europe. Il paraît que, fort anciennement, il s'était formé pour cela des sociétés ou compagnies en Allemagne et en Angleterre. (Valin, t. II, p. 26 ; Baldasseroni, t. I, p. 353 et sq.; Vincens, t. III, p. 583).

Chez nous, il n'existait à Paris qu'une seule compagnie d'*assurances et grosses aventures*, établie en mai 1686, contre les seuls risques de mer. (Isambert, t. XIX, p. 549), lorsqu'en mars 1754, une nouvelle compagnie se proposa pour garantir contre le *danger du feu* les propriétaires de maisons. (Valin, *ibid.*).

Pothier (n° 3) affirme que, de son temps, ce projet avait reçu son exécution.

Depuis lors, des compagnies semblables furent autorisées par arrêts du Conseil des 20 août, 6 novembre 1786, et 3 novembre 1787. (Isambert, t. XXVIII, p. 579, à la note).

La Révolution supprime tout cela comme *compagnies de finances* (loi du 17 vendémiaire an II).

Pendant la longue guerre qui nous sépara des Anglais, ceux-ci perfectionnèrent et étendirent toujours plus leur système favori, celui des assurances, et, au rétablissement de la paix, les agents de leurs compagnies vinrent partout assurer contre le feu les propriétés du continent.

L'émulation s'éveilla enfin parmi nous, et depuis nous avons vu se former un nombre prodigieux de compagnies ou sociétés d'assurance contre l'incendie.

Ces assurances s'appliquent aux immeubles, soit

propriétés urbaines, édifices, maisons, bâtiments quelconques, soit propriétés rurales, habitations, fermes, granges, forêts.

Elles s'appliquent aussi aux choses mobilières, soit aux meubles proprement dits qui garnissent les habitations, soit aux capitaux ou récoltes existant dans les fermes, greniers, étables, soit enfin aux marchandises de tout genre entassées dans les magasins du commerce.

Toutes les entreprises ne garantissent pourtant pas tous ces objets indistinctement, elles ne les garantissent pas indistinctement contre tous les risques du feu.

Aux termes de leurs statuts et des *ordonnances d'autorisation*, quelques-unes n'assurent que des immeubler, d'autres que les meubles, d'autres assurent meubles et immeubles.

Il en est qui excluent de leur garantie certains immeubles, trop exposés par leur natnre aux atteintes du feu ; telles sont les salles de spectacles, les poudrières, certaines fabrications dangereuses.

D'autres excluent de l'assurance du mobilier certains objets précieux, faciles à soustraire, et qui pourraient prêter à la fraude des assurés : tels que l'argent monnayé, les diamants, les billets et titres de toute espèce, ou bien encore certaines marchandises susceptibles de s'enflammer aisément, ou ne les assurent que moyennant désignation spéciale et manuscrite, et suivant un tarif spécial.

La plupart des compagnies, en garantissant l'incendie, ne l'entendent que des dangers communs, ordinaires

du feu, elles excluent celui qui procéderait de causes violentes, inopinées, l'émeute populaire, l'invasion ennemie, la force des armes, etc.

Bien d'autres risques que le feu menaçaient les choses mobilières ou immobilières ; ils ont encore été garantis par les assurances terrestres.

Ainsi, les récoltes espérées ont été garanties contre les ravages de la grêle ; elles l'ont été également contre les dommages de la gelée.

Les bestiaux ont été assurés contre la mortalité, contre les épizooties.

Toutes ces choses, tous les genres de propriétés ont été assurés contre un fléau qui, dans ces derniers temps, a causé de grands et nombreux désastres, l'*inondation* (28).

Mais voici d'autres conventions, s'appliquant non plus aux choses, mais aux personnes, qui, très-répandues aujourd'hui, méritent bien d'être signalées.

---

(28) Ces nouvelles applications de l'assurance n'ont pas, pour des causes diverses, rencontré auprès du public la même faveur que la précédente, et son loin d'avoir réussi et de s'être popularisées comme elle. Aussi, après quelques essais malheureux, le caractère s'en est-il transformé, et les assurances *à prime*, qui s'étaient fondées au début, ont elles, à peu près généralement, fait place à des assurances *mutuelles*, intervenues entre les seuls intéressés.

Ce sont les *assurances sur la vie des hommes.*

Il n'est plus question, en particulier ici, de l'assurance du danger que court l'homme qui voyage, soit sur terre, soit sur mer.

Il s'agit d'assurances embrassant généralement toutes les causes de mort, tant naturelles qu'accidentelles, qui menacent l'existence humaine et peuvent en arrêter le cours.

Il s'agit de ces conventions par lesquelles un assureur, moyennant une prime acquittée en une seule fois ou divisée en prestations périodiques, s'engage à payer, lors du décès de l'assuré, soit un capital déterminé, soit une rente ou annuité équivalente aux représentants ou héritiers de cet assuré, ou soit à la personne en faveur de qui il aurait stipulé.

C'est là proprement ce qu'on appelle *assurance sur la vie.*

Mais ces conventions sont susceptibles de divers modes ou combinaisons.

Ainsi, l'assureur, au lieu de garantir la vie entière de l'assuré, peut n'en garantir que des termes, une année ou un nombre d'années limité ; en sorte que si l'assuré meurt avant l'expiration du terme, l'assureur paye aux personnes désignées par le contrat la somme ou rente stipulée ; et si l'assuré survit à cette époque déterminée, l'assurance cesse d'avoir son effet.

Ainsi encore, l'assureur peut promettre que, si l'assuré survit à une époque fixée, il lui paiera telle somme ou telle rente, avec pacte que s'il décède auparavant, la

prime par lui payée sera acquise à l'assureur, sans que ses héritiers ou représentants aient rien à réclamer (29).

Ou bien l'on peut convenir que, si l'assuré décède dans une période fixée, l'assureur paiera telle somme ou telle somme à ses héritiers ou à telle autre personne indiquée, et que, si cet assuré survit à l'échéance, l'assureur n'aura rien à lui payer, et la prime reçue lui sera acquise.

Ces deux dernières combinaisons sont connues sous le nom spécial d'*annuités différées*, et certains leur ont contesté le caractère de vraie assurance. (Vincens, t. III, p. 559 ; Marshall, p. 339 ; Persil, p. 361 ; Blackstone, t. III, p. 466).

Remarquez que ces divers modes d'accords n'ont pas seulement lieu entre l'assureur et celui dont on assure la vie.

Un tiers peut aussi les contracter avec l'assureur, pour une vie autre que la sienne.

Lorsqu'on prête à quelqu'un qui n'offre, pour le remboursement, qu'une garantie personnelle, qu'une industrie qui s'éteindra avec lui ou des rentes viagères qui cesseront à sa mort, on peut, dans son propre intérêt, faire assurer la vie de son débiteur.

Cette faculté de faire assurer à son profit la vie d'autrui, a été attribuée, non-seulement aux créanciers mais encore à la famille et aux héritiers, et à tous ceux

---

(29) On pratique assez souvent, sous le nom d'*assurance* et de *contre-assurance*, ces deux opérations à la fois.

qui ont intérêt à la conservation d'une personne. parce que la mort de cette personne entraînerait un préjudice (Baldasseroni, t. I, p. 338 ; Pardessus, t. II, p. 471, et depuis une infinité d'autres).

Mais ce genre de conventions commandait des précautions contre les abus qu'on pouvait si facilement en faire (30).

Aussi n'a-t-il été permis d'assurer la vie d'un autre qu'à deux conditions : 1° qu'on aura intérêt à la vie assurée ; 2° qu'on aura le consentement de celui dont on fait assurer la vie. (Voy. avis du conseil d'État et instruction ministérielle du 11 juillet 1818, Grun et Jolliat, n° 371).

C'est, non chez nous, mais chez les Anglais, qu'il faut chercher les premiers exemples de ces singuliers contrats, constitués régulièrement.

En 1706, sous la reine Anne, on rencontre une première charte obtenue par l'évêque d'Oxford, pour une autorisation relative à ce genre d'opérations, sous le

---

(30) De tristes exemples sont venus le démontrer. notamment la déplorable affaire Lapommeraye en 1864. Et les précautions les mieux prises, les statuts les plus sages n'ont pu et ne pourront jamais, selon toute probabilité, empêcher d'une façon absolue ce résultat ; tant la *malice humaine*, surexcitée par l'appat d'un gain considérable et immédiat, est habile à se jouer de tous les obstacles ! Il y a là un danger inhérent à l'institution même, danger qu'il faut bien accepter (sauf à l'amoindrir dans la mesure du possible), par compensation des réels avantages offerts en retour.

nom de *Société amicale*. — En 1762, une autre compagnie se fonda, qui s'intitula *équitable*. Depuis, ces compagnies se multiplient indéfiniment. (Marshall, chap. Ier, cité par Persil, p. 364 ; Baldasseroni, t. I, p. 339 ; Vincens, t. III, p. 883, à la note).

Introduites plus tard en France, ces spéculations s'y implantent difficilement ; elles y sont essayées et autorisées par arrêts du Conseil en 1787 et 1788. Ces tentatives s'arrêtent par la suppression, en 1793, de nos sociétés financières.

Mais, plus tard, elles renaissent et s'étendent, appuyées qu'elles sont d'un avis du Conseil d'Etat du 11 juillet 1818 ; et depuis lors, nombre de compagnies se fondent et prospèrent (31).

Si, moyennant une prime qu'il paie, un créancier peut se faire assurer la vie de son débiteur, à plus forte raison il pourra se faire assurer la *solvabilité*, le crédit de son débiteur.

L'Ordonnance de 1681 avait cru devoir l'autoriser expressément ; par son article 20 du titre des *Assurances*, elle permettait aux assurés de faire assurer la solvabilité de leurs assureurs.

---

(31) Ce développement n'a fait que grandir depuis, en l'état des nouveaux textes législatifs parus sur ce point, lesquels, sans se prononcer ouvertement pour la légalité des assurances sur la vie, l'ont *supposée*, et par là mise hors de toute controverse ; voir ci-après.

Le Code n'a pas répété cela, et c'est avec raison, car ce n'était pas là une *assurance maritime ;* garantir la solvabilité d'une personne, ce n'est pas garantir un risque de mer (Estrangin sur Pothier, p. 41).

Mais, comme assurance terrestre, la garantie de solvabilité est généralement admise et pratiquée.

Telle est la convention appalée *ducroire*, par laquelle un mandataire ou commissionnaire garantit à son commettant la solvabilité des tiers avec lesquels il traite pour son compte.

Bien plus, des compagnies se sont formées pour offrir au commerce en général, cette sorte de garantie sous le nom d'*assurances contre les faillites*.

Nous devons citer encore, pour mémoire, une autre application de l'assurance qui, chez nous spécialement, a été longtemps exploitée par les compagnies, je veux parler des *entreprises ou agences pour les remplacements militaires*.

L'Etat et les Tribunaux ont également considéré et signalé leurs opérations comme des assurances contre les chances du tirage au sort, prescrit par la loi du recrutement (32).

---

(32) Voy. dans Duvergier, t. XXIII, p. 532, une ordonnance du 14 novembre 1821, et, dans le recueil Girod et Clariond, t. III, partie 2, page 179, un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 27 avril 1822 (*note de M. Cresp*). — Cette opération du remplacement militaire pouvait du reste, suivant les hypothèses,

Mais ces entreprises ont fini par entraîner de tels abus et de telles fraudes, au préjudice, soit des remplacés, soit des remplaçants, soit de l'Etat, qu'une loi du 26 avril 1855 a supprimé cette faculté et ce mode de remplacement, et y a substitué l'*exonération* du service militaire, au moyen d'une prestation pécuniaire déterminée annuellement, à verser dans la caisse spécialement affectée à l'armée (33).

Voilà une assez large indication des diverses applications qu'à reçues le principe de l'assurance.

Et combien il serait facile encore de multiplier les exemples, d'étendre cette énumération.

Il est peu de risques possibles, peu de chances imaginables pour les personnes ou pour les choses, que les

---

présenter une autre physionomie ; lorsqu'elle avait lieu avant le tirage, elle constituait en effet une assurance, soit à prime, soit mutuelle (dans le cas où le père de famille s'affiliait, moyennant le versement d'une mise, à une société de co-intéressés, ce que le dicton populaire exprimait énergiquement par les mots *mettre à la masse);* mais lorsqu'elle ne s'effectuait qu'après, et à la suite des résultats du tirage, elle n'était plus qu'un simple *louage de services*, soit que remplaçant et remplacé traitassent directement entre eux, soit qu'ils la fissent par l'intermédiaire d'une compagnie.

(33) Le régime établi par cette loi et critiqué du reste par d'éminents spécialistes (voy. *l'Armée en 1867* du général Trochu) n'existe lui-même plus, et a fait place au *service obligatoire universel* de la loi du 27 juillet 1872.

Anglais surtout, grands spéculateurs sur le hasard, n'aient fait entrer dans leurs combinaisons, dans leurs entreprises d'assurances. Ils ont fait des assurances sur les *billets de loterie*, ils en ont fait *contre les infidélités domestiques*. (Christian sur Blackstone, t. v, p. 490 ; Baldasseroni, t. I, p. 353 ; Vincens, t. I, p. 359).

Ils en ont fait naturellement contre les accidents sur chemins de fer, plus fréquents et plus graves chez eux que partout ailleurs, mais (chose originale) d'après un tarif réglé et publié d'avance, tant pour la fracture ou la perte d'un bras, tant pour la privation d'une jambe, etc.

Mais, à cet égard, nous ne sommes pas en reste avec nos voisins d'outre-Manche.

Chez nous on a fait, on a essayé ou annoncé des assurances contre les chances des procès, des assurances sur la vie, non plus des hommes, mais des chevaux (Duvergier, t. XXIII, p. 373) ; des assurances des conservateurs des hypothèques contre les erreurs possibles dont ils répondent, des assurances de propriétaires de maisons qui n'ont point de locataires ou qui n'en ont que de mauvais, des assurances contre le bris des carreaux et glaces des devantures de magasins, des assurances contre le bris des cloches, etc., etc.

Ce coup d'œil jeté sur les nombreuses et diverses applications d'un même principe, prouve que Pothier parlant de l'*assurance* dans un sens générique avait raison de dire qu'il *peut y avoir une infinité d'espèces de contrats d'assurance*. (*Assur.* n° 3).

De son temps, on n'en pratiquait encore qu'un petit nombre ; mais ce qu'il soupçonnait s'est depuis vérifié.

Tout, de notre temps, est devenu matière à spéculations d'assurance ; tous les jours des entreprises pareilles s'établissent ou sont annoncées.

En principe, il est aujourd'huis admis que l'assurance peut s'appliquer à toutes sortes de choses et à toutes sortes de risques. (Dalloz, v° *Assur.*, n° 16 : Pardessus, t. II, p. 445 ; Persil, p. 24, n° 14, p. 115, n° 88).

Mais les assurances terrestres, comparées aux maritimes, exigent encore de notre part quelques remarques essentielles.

La première est relative à la manière dont elles se contractent, ou, pour mieux dire, aux parties contractantes.

Dans l'usage, les assurances maritimes sont souscrites, soit par des assureurs particuliers, isolés entre eux, soit par des réunions, associations ou compagnies d'assurances.

Ces deux modes, individuel et collectif, sont-ils également possibles et pratiqués, en matière d'assurances terrestres, contre l'incendie, sur la vie, etc ?

On admet généralement qu'en l'absence d'une loi prohibitive, ces assurances pourraient tout aussi bien être souscrites individuellement que par des associations (Locré, t. IV, p. 3 ; Pardessus, t. II, p. 474 ; Vincens, t. III, p. 559, etc.).

Mais il arrive qu'à la différence des assurances mari-

times, dont un grand nombre est encore souscrit par des assureurs particuliers, les assurances terrestres sont, toujours ou presque toujours, souscrites par des assureurs réunis en société.

Pourquoi cela ?

Est-ce parce que les assurés ne veulent pas, pour de telles opérations, se confier à des responsabilitésindiv iduelles ?

Ou bien est-ce que parce que des assureurs isolés y verraient trop peu de chances de bénéfices pour compenser les chances de perte ?

Quoi qu'il en soit, le fait existe.

Là, comme en matière maritime, les assureurs peuvent établir entre eux toute espèce de société commerciale, en nom collectif, en commandite ou anonyme.

Mais la plupart de ces compagnies s'établissent sous la forme anonyme, forme d'associations qui, tout à la fois, offre à l'assuré *une garantie collective*, et à l'assureur *un engagement limité*.

Il faut ici signaler et expliquer brièvement un mode spécial d'assurances, qui diffère des autres modes que nous venons d'indiquer, et qui, très-ancien, à ce qu'il paraît, s'est, de nos jours, renouvelé et fort répandu.

Ce sont les *assurances mutuelles* ou réciproques, ainsi appelées par opposition aux assurances à prime.

Dans celles-ci, l'assuré, s'il ne traite avec des assureurs particuliers, contracte avec des compagnies d'assurances, auxquelles il est lui-même étranger.

Dans les assurances mutuelles, l'assuré entre lui-même dans l'association en compagnie des assureurs ; il en fait partie, il en est membre.

Divers propriétaires se réunissent et conviennent de mettre en commun les dangers qui menacent leurs propriétés, leurs récoltes, leurs troupeaux, et de se garantir réciproquement contre le feu, la grêle, les épidémies, les inondations.

Si la propriété d'un ou de plusieurs est frappée du fléau, tous contribuent à l'indemnité du dommage, dans la proportion de leurs propriétés respectives.

De là il arrive que tous les sociétaires *s'assurent* réciproquement les uns les autres, que chacun d'eux est assuré par l'être moral dont il fait lui-même partie, que chacun est tout à la fois assureur et assuré.

Ce singulier mode d'assurance présente tout à la fois une vraie assurance et une société entre l'assureur et l'assuré. (Pardessus, t. II, p. 442 et 502) (34).

C'est, disons-nous, une vraie assurance, bien que, dans les termes, on l'oppose à l'assurance à prime, et qu'il soit de principe que, sans prime, il n'y a point d'assurance véritable.

---

(34) De ces deux idées, celle de société est en elle-même très-discutable, (cpr. en ce sens, t. I du présent ouvrage, p. 332, note 43). Mais comme en fait ces sortes d'opérations se font sous le couvert de la *société*, l'observation ne peut avoir qu'une portée théorique, et c'est le cas de dire que la forme emporte le fond.

Car l'assurance mutuelle a aussi sa prime ; non cette prime qui, dans l'assurance ordinaire, consiste en une certaine somme convenue et fixée, à payer en une fois ou périodiquement ; mais cette prime qui consiste précisément dans la *mutualité* de la garantie. Si, d'une part, je dois contribuer à réparer les pertes qu'éprouveraient mes associés, d'autre part tous doivent contribuer à réparer les pertes que j'éprouverais moi-même : leur obligation envers moi est l'équivalent et le prix de mon obligation envers eux.

A quels objets et à quels risques ce mode d'assurance a-t-il été appliqué, où est-il susceptible de l'être ?

On a cru qu'il était peu compatible avec les risques maritimes, et pourtant l'application y en a été faite, anciennement et de nos jours (35).

Pour les risques de terre, nous le voyons fréquemment appliqué au risque d'incendie.

Il est vrai qu'il n'a paru d'abord susceptible d'être appliqué qu'aux immeubles. Le gouvernement refusait d'autoriser ce mode d'assurance sur effets mobiliers, sauf les machines manufacturières d'un déplacement difficile. (Voy. avis du ministre de l'intérieur du 25 octobre 1819, Duvergier, XXII, p. 359).

Mais on a depuis changé d'avis.

Contre la grêle et les épizooties, c'est l'assurance mutuelle qui jusqu'ici, je crois, a été seule essayée et pratiquée.

---

(35) Voy. ci-devant p. 22 note 15 et *J. M* 1861, 2. 33 à 40.

Qu'en est-il des assurances sur la vie ?

Chez nous, on a semblé longtemps croire que ce ne pouvaient être que des assurances à prime. L'avis du Conseil d'Etat du 15 octobre 1809, sur les assurances mutuelles, n'y comprenait point celles sur la vie.

Mais depuis, la mutualité y a été plus d'une fois appliquée.

Qu'est-ce d'ailleurs que ces établissements connus et autorisés sous le nom de *tontines* (du nom du banquier italien qui les introduisit chez nous), c'est-à-dire ces réunions ou sociétés où l'on met en commun des deniers ou des rentes perpétuelles ou viagères, à condition que les portions des prédécédés accroîtront sans cesse aux parts des survivants ?

Ces tontines sont de véritables assurances mutuelles sur la vie ; et, par le fait, les premiers établissements d'asturance sur la vie, fondés en Angleterre (*sociétés amicale et équitable*) n'étaient autre chose que des tontines ou assurances mutuelles.

Aussi l'Ordonnance du 14 novembre 1821 a-t-elle mis sur la même ligne les tontines et les assurances mutuelles sur la vie (de même que la loi du 24 juillet 1867, art. 66).

Maintenant, quel que soit le mode de leur formation ou de leurs combinaisons (assurances à prime, assurances mutuelles ou tontines), que faut-il penser des assurances terrestres ?

Quelle est leur utilité, leur moralité, leur légitimité ?

Approfondir cela, nous mènerait ici trop loin, et il nous faudrait d'ailleurs des notions qui nous manquent encore.

Bornons-nous à quelques indications.

Il faut bien se garder de juger du mérite et des avantages réels de tous ces divers genres d'assurance, par les annonces fastueuses et les pressantes excitations des prospectus et des feuilles publiques.

Tout cela vient trop souvent de hardis faiseurs de projets, qui ont bien moins en vue l'avantage de leurs actionnaires et du public, que les profits que leur donnera à eux-mêmes la gestion des entreprises, ou l'agiotage des actions dont elles sont formées.

Impossible pourtant de nier que, de ces spéculations, quel qu'en soit d'ailleurs le mobile, il ne puisse en somme résulter quelque chose d'avantageux aux propriétés et aux personnes.

Mais il s'en faut que les résultats soient aussi grands, aussi purs, aussi certains, aussi incontestés que ceux que produisent les assurances maritimes.

Ainsi par exemple l'assurance *contre l'incendie* offre aux propriétaires une sage et utile garantie contre un accident qui trop souvent les menace de leur ruine.

Mais cette sécurité même, qu'elle leur inspire, n'a-t-elle pas cet inconvénient de dégénérer en insouciance, en défaut de soins et de surveillance de la chose assurée? Et, attendu la facile et rapide communication du fléau, n'arrive-t-il pas que, pour atténuer un danger privé, on étend et aggrâve un danger public ?

Bien plus, l'expérience a prouvé (ce que beaucoup de bons esprits pressentaient) que ce genre d'assurance pouvait exciter au crime d'incendie volontaire. Par la difficulté ou la fraude des évaluations, il s'est trouvé que des propriétés valaient moins que les sommes assurées, et des propriétaires pervers ont mis eux-mêmes le feu à leurs propriétés, pour toucher des compagnies l'indemnité promise. Il y a eu de nombreux exemples de condamnations pour un pareil crime (36).

Ainsi encore, les uns ont pu voir dans les assurances sur la vie, un moyen innocent et même moral, soit de se ménager à soi-même, au prix de sacrifices actuels, des ressources pour sa vieillesse ; soit d'assurer, après soi, ces mêmes ressources à sa famille, à ses héritiers, aux objets de son affection ou de sa bienfaisance ; soit enfin de garantir à ses créanciers, à ceux qui, dans un

---

(36) Encore une fois tout cela tient au principe même de l'assurance, et les assurances maritimes elles-mêmes ne sont pas exemptes de ces vices et de ces dangers, ainsi qu'on a pu en juger par les explications ci-dessus. L'essentiel est que la somme des avantages dépasse celle des inconvénients. Or, à ce point de vue, l'utilité générale des assurances concre l'incendie nous paraît démontrée, car, d'une part et heureusement, le crime sera toujours une exception, et d'autre part les habitudes d'insouciance et d'incurie auxquelles le propriétaire pourrait se laisser aller à la suite de l'assurance, seront toujours combattues chez lui par la prédilection instinctive qu'il a pour sa chose, l'appréhension du sinistre, et aussi la peur de n'être pas indemnisé.

besoin quelconque, vous assistent de leur argent, le remboursement de leurs légitimes créances. (Auteurs anglais précités, et en plus Baldasseroni, t. I, p. 340 et sq.; Dupin jeune, *Thémis*, t. v, p. 339; Pascal, p. 364 et sq.; Toullier, t. vi, p. 188 et sq.; Rossi, etc.).

Mais d'autres ont vu la chose sous un tout autre aspect; c'est suivant eux, une spéculation odieuse, un calcul d'égoïsme, un jeu de hasard immoral, capable d'amener la désaffection entre les hommes, de les exciter même à attenter à la vie de leurs semblables. (Emérigon, t. I, p. 200; Portalis, *motifs du code civil*, p. 258; Favard, p. 218; Boulay-Paty, *Droit marit.*, t. III, p. 366, 495, et *sur Emérig*. t. I, p. 201) (37).

Et de même des autres.

Si donc, en masse, les assurances terrestres présentent des avantages à la société, ces avantages semblent balancés par les vices et les abus dont elles sont susceptibles; leur caractère moral et leur utilité réelle sont encore aujourd'hui problématiques et controversés.

---

(37) Ces appréciations et ses appréhensions ont trouvé un dernier écho dans le réquisitoire du procureur général Dupin, prononcé à l'occasion de l'affaire Lapommeraye. Toutefois les assurances sur la vie ont aujourd'hui cause gagnée; l'opinion publique les a adoptées dans les bons effets qu'elles peuvent produire. Le restant n'est plus qu'un affaire de précaution et de règlementation, et c'est à quoi le législateur de 1867 a pourvu. dons la mesure du possible, en laissant les sociétés anonymes, qui pratiquent ce genre de commerce, sous le régime de l'autorisation. (Loi du 24 juillet 1867. art. 66).

Mais quelle est d'ailleurs leur légalité ? Quelle place ont-elles dans la législation ?

Dans divers pays, ces sortes de conventions ont été reconnues et sanctionnées par l'autorité législative et les corps judiciaires.

Il en est ainsi en Angleterre, de même en Prusse et autres États d'Allemagne, en Hollande, en Italie.

Qu'en a-t-il été, qu'en est-il en France ?

L'Ordonnance de la marine de 1681 n'avait dû, par son objet et son titre même, ne s'occuper que des *assurances maritimes.*

Son article 10 (tit. des *Assur.)* parlait bien des *assurances sur la vie des personnes*, et c'était pour les prohiber expressément.

Mais cette mention et cette défense ne pouvaient s'entendre que de l'assurance sur la vie, en tant qu'*assurance maritime.*

Elle laissait en dehors ce genre d'assurances en matière purement terrestre, sans rapport à la navigation, à ses risques et à ses règles.

Et ce qui prouve bien qu'on l'entendit ainsi, c'est (nous l'avons vu) que des arrêts du Conseil, postérieurs à l'Ordonnance, autorisèrent des Compagnies à faire des assurances sur la vie, aussi bien que contre l'incendie.

Mais tout cela fut emporté dans le tourbillon révolutionnaire.

Et, lorsque sortant de là, on voulut restaurer notre législation, tant civile que commerciale, on sembla avoir complétement oublié qu'il pouvait y avoir des assuran-

ces autres que les maritimes, et qu'en France même, ces autres assurances avaient été anciennement autorisées et pratiquées.

En effet, le Code civil, dans son titre des *Contrats aléatoires*, nomma, comme tel, le contrat d'assurance (art. 1964).

Mais il n'entendit par là que l'*assurance maritime*, puisqu'il nommait immédiatement après, le *contrat à la grosse*, et déclarait que l'un et l'autre *étaient régis par les lois maritimes*. C'est en ce sens du reste que ce renvoi fut expliqué par les orateurs du gouvernement, Portalis, Siméon, Duvergier.

Le Code de commerce, venu depuis, n'a considéré l'assurance que dans son application au commerce de mer. (Liv, II, tit. 10, liv. IV, tit. 2, art. 633). Il s'est tu absolument sur les assurances terrestres.

Dans ce silence de la loi, le gouvernement a pourtant accordé de nombreuses autorisations pour assurer, soit mutuellement, soit à prime, tant sur la vie que contre divers fléaux.

Mais tous ces actes n'étaient, pour ces assurances, qu'une reconnaissance administrative ; ils ne leur conféraient qu'une existance administrative.

Et tel était aussi tout l'effet de divers avis du Conseil d'État, *ordonnances, instructions et circulaires ministérielles*, qui, depuis 1809, sont intervenues sur les entreprises de ce genre, et ont réglé les formes et les conditions de leur établissement.

Les assurances terrestres, de toute espèce, manquaient

donc encore chez nous de sanction légale, d'existence légale, lorsqu'enfin elles y ont obtenu une reconnaissance législative (incidemment à une loi fiscale du 5 juin 1850, art. 33 à 37).

Mais, ainsi reconnues, elles n'en soit pas moins restées sans organisation, sans règles qui leur soient directement applicables (38).

Dans l'état actuel, à quelles règles ces assurances seront-elles donc soumises ?

Et d'abord, quel est leur caractère *civil* ou *commercial*? Quelle est leur juridiction civile ou commerciale ?

Le caractère et la juridiction de l'assurance maritime ne sont pas douteux ; elle est toujours, pour l'assuré comme pour l'assureur, un acte essentiellement commercial tombant nécessairement sous la juridiction commerciale ; c'est la disposition précise de l'article 633.

---

(38) Quelques autres textes législatifs sont venus depuis s'ajouter à la loi du 5 juin 1850. Ce sont : 1° la loi du 24 juillet 1867, sur les *sociétés*, qui a laissé, contrairement au principe proclamé par son article 21, les sociétés anonymes d'assurances sur la vie sous le régime de l'autorisation (art. 66) ; 2° la grande loi fiscale du 23 août 1871 qui a établi des taxes nouvelles, en ce qui concerne les assurances, soit maritimes, soit contre l'incendie (art. 6 et sq.) ; 3° enfin une loi spéciale du 21 juin 1875 qui a soumis au droit de mutation par décès les sommes à payer par les compagnies d'assurances, à raison du décès de l'assuré, et organisé un certain contrôle à cet effet (art. 6 et 7). Et c'est tout. Comme on le voit, l'observation de M. Cresp reste malheureusement dans toute sa vérité.

Mais, de là même, les uns ont conclu qu'en cette matière tout étant de rigueur, les assurances terrestres non prévues ni réglées par la loi, non tirées par elle du droit commun, restaient toutes sans distinction des transactions civiles, soumises à la seule juridiction civile. (Dalloz, v° *Actes de com.*, n° 740, et *Assur. terr.* n° 297; Carré, *Comp.*, t. I, p. 560, note 51; Boulay-Paty sur Emérig., t. II, *Avertiss.*, p. 3).

D'autres moins absolus ont voulu distinguer et même sous-distinguer.

Ils ont dit : quant à l'assurance purement mutuelle, c'est toujours et pour toutes les parties un pur acte civil, appartenant à la juridiction civile.

Quant à l'assurance à *prime*, c'est toujours encore, pour l'une des parties (l'assuré) un acte civil, du ressort du juge civil.

Mais pour l'autre partie (assureur), c'est alors un acte commercial, dévolu au juge de commerce. (Voy. dans ce sens Pardessus, t. I, p. 443 et sq.; Vincens, p. 346 et sq.; Persil, p. 340 et sq., *circ. min.* du 25 oct. 1819; Duvergier, t. XXII, p. 359 ; Cass. 15 juillet 1829, cité par Pardessus) (39).

---

(39) M. Cresp, dans le paragraphe qui suit, semble considérer ces distinctions et sous distinctions comme étant, dans une certaine mesure, arbitraires. Nous les croyons au contraire fondées, et y adhérons, sauf en un point : lorsque, dans une assurance à prime, l'assuré est commerçant et fait assurer uniquement des marchandises de son commerce, il y a là, même

Sans nous jeter ici dans ces distinctions et sous-distinctions plus ou moins arbitraires, et plus ou moins suivies par la jurisprudence, bornons-nous à nous demander :

Quel ordre de principes devra appliquer aux assurances terrestres le juge civil ou commercial, appelé à vider les contestations qui peuvent en naître ?

Dans le silence du Code, qui n'a rien statué sur ces assurances, qui ne les a pas même nommées, pour y suppléer on a voulu raisonner par induction, par analogie.

On a dit : l'assurance terrestre et l'assurance maritime sont un même genre de conventions.

Bien que se rapportant à des objets différents, elles ont même but et mêmes principes généraux essentiels.

---

de sa part, un acte commercial, entraînant compétence de la juridiction consulaire. Ceci nous paraît résulter des principes admis en matière d'actes de commerce (cpr. art 631, 632, 638 2e alinéa), en même temps que de l'article 633 lui-même, en ce qui concerne l'assurance maritime. Si ce dernier mode d'assurance constitue en effet un acte essentiellement et indistinctement commercial, c'est parce que l'assuré est présumé, en y adhérant, contracter un engagement relatif à son commerce. — La jurisprudence paraît du reste fixée en ce sens ; Rouen, 22 avril 1847 ; Amiens, 27 août 1858 ; Aix, 14 avril 1859 ; Cass., 24 janvier 1865 ; Trib. de la Seine, 29 juillet 1871 ; Marseille, 2 mars 1876, et par arg. Cass., 3 juillet 1877 ; Paris, 30 mars 1878 (*D. P.* 1848. 2. 150, 1859. 2. 39, 1865. 1. 73. *J. P.* 1877. 1097 et 1878. 722, *J. M.* 37. 1. 162, 1865. 2. 158, 1873. 2. 92, 1877. 1. 239).

Les principes de l'une et de l'autre dérivent de la nature des choses, les règles écrites sur l'assurance de mer, n'en sont qu'une conséquence, qu'une application.

A défaut de règles spéciales, de lois positives sur l'assurance terrestre, nous devons donc prendre et lui appliquer celles qu'on a tracées pour l'assurance maritime.

Ainsi ont raisonné assurés et assureurs, ceux qui, dans leurs écrits, ont traité de ces sortes d'assurances, et généralement les Cours et Tribunaux qui ont eu à en connaître. (Voy. notamment Pardessus, t. II, p. 444, et t. III, p. 247 ; Vincens, t. III, p. 200 et 557 et sq.; Persil, *introd.* p. 3, etc.).

Mais notez que, dans cette application, parties, écrivains et tribunaux ont rencontré des difficultés ; ils ont reconnu que les règles du droit maritime ne pouvaient complétement s'adapter à des choses et à des risques étrangers à la mer, ils se sont vus forcés, dans la théorie et dans la pratique, d'en mettre certaines à l'écart et d'en modifier certaines autres.

Il peut être à la fois curieux et instructif de suivre ces tatonnements et ces solutions. Ils peuvent servir à mieux étudier et sentir le sens, l'esprit, le degré de sagesse et d'utilité de notre législation maritime. Nous aurons plus d'une occasion de comparer les doctrines et les procédés des deux espèces d'assurances (40).

---

(40) Pour nous la vérité, sur ce point, réside dans la combinaison et la conciliation des deux idées suivantes, savoir : 1°

Déjà cet aperçu aura servi à étendre et à généraliser nos idées.

Nous verrons dans l'assurance un contrat générique, contenant deux espèces principales, dont chacune présente des variétés, des branches diverses.

Et dans ce sens plus large, embrassant toutes ces espèces et variétés, nous définirons l'assurance, *toute convention par laquelle on se décharge sur autrui du risque qu'on court à raison d'une chose ou d'une personne, moyennant un prix qu'on paie ou promet au tiers qui prend ce risque à sa charge.*

§ II.

Nature et caractères juridiques du contrat d'assurance ; ses principes fondamentaux et ses règles légales.

En prenant l'assurance à son origine et en la suivant dans ses progrès, nous avons vu qu'à la vérité elle existait anciennement, d'une manière générale, mêlée à divers contrats, vente, louage, etc., d'une manière

---

qu'il n'y a pas deux contrats d'assurances, mais un seul, dont les règles doivent *a priori* régir tous les risques ; 2° mais la loi n'ayant écrit ses règles qu'au point de vue des risques maritimes, il y a lieu d'écarter de l'assurance terrestre celles de ces règles qui seraient marquées à un véritable coin de *spécialité.*

spéciale, mêlée et subordonnée au prêt dans le contrat à la grosse ;

Mais qu'elle n'avait pas d'existence distincte, indépendante, qui lui fût propre, qu'elle n'avait pas de nom qui lui appartînt, qui la désignât en particulier ;

Qu'elle n'est devenue un contrat à part, existant par lui-même, ayant un nom spécial ; qu'elle n'est enfin devenue ce qu'elle est aujourd'hui, que dans les temps modernes, par suite des progrès, des nouveaux usages et des nouveaux besoins du commerce.

Il est temps pour nous de considérer, sous le rapport juridique, l'assurance et surtout l'assurance maritime, dans sa nature propre, dans ses caractères principaux, dans ses règles essentielles et légales.

En cette matière comme en beaucoup d'autres, la pratique a précédé la théorie, la coutume a devancé la législation.

Les premiers jurisconsultes, dont notre contrat fixa l'attention, durent se trouver dans un nouvel et singulier embarras.

Habitués au culte exclusif et presque superstitieux du Droit romain, à y puiser toutes leurs doctrines, tous leurs principes, toutes leurs règles de solution, com-

---

C'est à la lueur de ce double principe qu'il faut examiner et résoudre toutes les difficultés de détail que fait naître cette matière, telles que celles relatives à la commercialité, à la nécessité de l'écriture, au délaissement, etc.

ment allaient-ils s'y prendre avec un contrat qui, nulle part, n'y était réglé, ni même nommé?

Ces docteurs voulurent, à toute force, faire rentrer ce contrat dans les classes anciennes, dans les espèces connues de contrats, afin de pouvoir appliquer tel ou tel ordre de règles ou de principes tracés par la loi romaine.

Les efforts que pour cela ils ont fait, chacun de leur côté, les ont conduits à des résultats différents, à des classifications diverses et mêmes opposées.

Ils ont trouvé tour à tour que l'assurance était *pactum nudum, stipulatio, contractus nominatus vel innominatus, re constans, litterarum obligatio, fidejussio, emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum*. (Scaccia, Straccha, Santerna, Roccus, Marquardus, voy. Stypmann, part. IV, chap. VII, p. 431 et sq.; Valin, t. II, p. 26 ; Emérigon, t. I, p. 8 ; Baldasseroni, t. I, p. 18 et sq.; *Adde* Dumoulin, p. 39, n° 97).

Il n'est pas jusqu'au sage Pothier qui n'ait cédé à cette manie d'assimilation ; aux n°s 4 et 5 de son traité, il assimile l'assurance à la vente ; l'assureur vend à l'assuré la décharge du péril.

Mais de bons esprits ont vivement combattu ces rapprochements forcés et bizarres (42).

---

(42) Voy, notamment, dans Stypmann, le passage (n°s 35 à 40) où il expose la manière contradictoire dont les docteurs assimilent l'assurance à la vente : les uns veulent que l'assuré vende le péril à l'assureur, les autres au contraire que l'assu-

Ils ont dit aux docteurs allemands, italiens ou autres, qui s'y livraient sérieusement :

Pourquoi tant d'efforts et de science en pure perte? Pourquoi tant de contradictions entre vous tous et avec vous-mêmes? Pourquoi vous obstiner à chercher, au Digeste et au Code, ce qui n'y est pas, ce qui ne peut pas y être?

Les Romains n'ont pu donner place en leurs lois qu'aux contrats qui leur étaient connus, qui seuls étaient en usage et qui suffisaient à leurs besoins.

De nouveaux besoins et le cours des idées ont amené chez les modernes de nouveaux contrats ; ce sont les coutumes et les lois modernes qui, seules, peuvent et doivent les régler.

Vouloir les rattacher et les soumettre à un ancien ordre d'idées, de mœurs, de législation, c'est se jeter dans des subtilités inutiles et vaines, propres à fatiguer l'esprit et non à l'éclairer.

Le contrat d'assurance, tel qu'il existe aujourd'hui, n'a rien de tout ce que vous dites : c'est un contrat tel que l'ont créé l'usage, la nécessité, la force même des choses ; c'est un contrat qui a sa nature et ses caractères propres, à qui la coutume et les lois ont attribué

---

reur soit le vendeur. Stypmann réfute vivement cette assimilation, (nos 89 à 112) ; il dit que rien n'est moins soutenable ; il qualifie les arguments à l'appui, d'*absurdes*, de *ridicules* — Casaregis (disc. x, n° 39) appelle l'assureur *emptor periculi*. *(Note de M. Cresp).*

un nom et des effets spéciaux. (Voy. Stypmann, Valin, Emérigon, *loc. cit.*, Estrangin sur Pothier, p. 7; Baldasseroni, t. I, p. 20, etc.).

La même chose a eu lieu du reste pour un autre contrat, non prévu ni nommé par la loi romaine, et d'invention moderne, au moins dans ses moyens et ses formes actuels, le *contrat de change*, dont on a voulu faire un *mutuum*, un *contrat innommé*, une *permutation*, une *vente*, un *mandat*, etc., et qu'on a fini par reconnaître pour un contrat distinct de tous les autres, ayant un nom et des attributs qui lui sont propres.

Pour en revenir à l'assurance, l'assimilation qu'on aurait dû en faire avant tout, puisque on voulait en faire une, la seule même qui pût être fondée, c'était de la rattacher, sous certains rapports, au *contrat à la grosse*.

Et c'est bien ainsi qu'ont procédé les docteurs eux-mêmes, lorsque, d'un autre côté, il s'est agi pour eux de défendre ce dernier contrat contre les attaques dont il était l'objet.

Ceci demande un peu d'explication (43).

---

(43). M. Cresp reproduit ici, avec des développements nouveaux, son parallèle favori entre l'assurance et le contrat à la grosse. (Voy. t. II, p. 217 et 218, et prés. vol. p. 11 et sq.). Nous avons, au risque de fatiguer quelquefois le lecteur par des répétitions inutiles et d'encombrer un peu la matière, laissé subsister ce passage et autres analogues, parce que, ainsi que

Chez les Romains, le contrat de grosse, quoique contenant virtuellement une assurance, n'avait guère été considéré que dans sa nature du prêt, comme un placement d'argent, comme une spéculation de banquier.

Dans le moyen-âge, lors de sa renaissance, on l'envisagea sous le même point de vue ; et comme alors tout prêt à intérêt était usure, le contrat de grosse fut déclaré usuraire. (Decretale du pape Grégoire IX, en 1236).

Pour éluder la décision pontificale et légitimer le contrat qu'elle censurait, l'habileté italienne imagina d'en faire tout autre chose qu'un prêt ; elle en fit un composé, un mélange de trois autres contrats, savoir la *société*, la *vente*, l'*assurance*. (De Luca, Casarégis, Targa, cités par Emérigon, t. II, p. 413. — Décis. de la Rote Florentine, citée par Baldasseroni, t. III, p. 235).

De ces trois contrats, les deux premiers (la *société* et la *vente*) bien évidemment ne venaient là que pour déguiser et masquer le prêt, un des vrais éléments du contrat de grosse, et même celui qui alors y prédominait. Ces détours subtils des ultramontains ont été fort

---

nous l'avons annoncé dans l'*avertissement* du dernier volume, notre auteur s'est réservé de traiter ici à fond certaines questions à peine indiquées ou effleurées antérieurement. Le présent traité doit donc être considéré, en ce qui concerne le prêt à la grosse, comme le complément indispensable du précédent.

bien signalés et réfutés, après Dumoulin (n° 98, p. 39), par Emérigon (t. II, p. 419).

Quant à l'assurance, elle entrait bien véritablement dans la constitution du contrat, quoiqu'elle n'y fut qu'incidente et très-subordonnée au prêt; impossible de l'y méconnaître, puisque le risque de la chose prêtée était déplacé, transporté de l'emprunteur au prêteur, et que le prix de ce déplacement devait nécessairement entrer, d'une manière quelconque, dans le taux du change maritime.

Cela était vrai, même dans l'origine, cela fut plus vrai encore, quand nos coutumes et nos lois modernes eurent, à leur tour, fait prédominer dans le contrat à la grosse, l'assurance sur le prêt.

La double nature de ce contrat, et, dans ses éléments, la prééminence ancienne du prêt et la prééminence moderne de l'assurance ont été reconnues par divers auteurs (Pothier, *contrat de grosse*, n_o 8 ; Estrangin, p. 485 et 486 ; Vincens, t. III, p. 294, 296).

Emérigon, à cet égard, ne semble pas exempt d'erreurs et d'inconséquences :

1° En parlant du contrat à la grosse, pour en faire un contrat à part, distinct de tous les autres, il dit (p. 414), *c'est ici un contrat nommé*; oubliant que, dans le Droit Romain, il n'y avait de contrat nommé, que celui qui produisait une action du même nom, et qu'en ce sens le *fœnus nauticum* n'était pas plus un contrat nommé que la *permu-*

tatio; aussi Dumoulin *(loc. cit.)* l'avait-il au contraire qualifié : *contractus innominatus,do ut des* (44) ;

2° Emérigon *(ibid.)* dit que le contrat de grosse n'est pas un prêt, mais il a soin d'ajouter, comme l'avait fait Dumoulin, un prêt proprement dit. En ce sens il a raison. Ce n'est pas un prêt ordinaire, car le prêt y est modifié par le pacte d'assurance qui, de l'emprunteur, transporte au prêteur le risque de la chose prêtée ; et c'est ce qu'il explique plus loin, p. 418.

3° Emérigon convient, après Pothier, que le contrat de grosse a avec l'assurance une grande affinité ; que c'est de tous les contrats, celui auquel il ressemble le plus. Il dit que ce sont *deux frères jumeaux,* qu'ils dépendent tous deux des mêmes principes, qu'ils ont

(44) Cette critique d'Emérigon ne nous parait pas complètement exacte ; il n'est pas juste d'abord de dire qu'il n'y avait en Droit Romain de contrats nommés, que ceux qui produisaient une action du même nom ; cela était vrai des contrats de *bonne foi*,et non de ceux de *droit strict,* qui ne donnaient lieu qu'à une action générique appelée *condictio*.De plus, en ce qui concerne plus particulièrement le *fœnus nauticum,* ce contrat n'avait été considéré, ainsi que le démontre surabondamment M. Cresp, que comme une variété du *mutuum,* et par conséquent il était *nommé,* tout comme le type général dont il procédait. L'observation de Dumoulin n'est pas contraire à cela ; ce n'est en effet qu'en se plaçant au point de vue de sa nature *moderne* que cet auteur a qualifié, ainsi qu'il l'a fait, le prêt à la grosse. On sait du reste comment le grand dialecticien accommodait le Droit Romain à ses propres idées.

l'un et l'autre le risque pour base et pour aliment ; que le donneur et l'assureur prennent à leur charge les mêmes risques, que le *change* est pour l'un ce que la *prime* est pour l'autre, le prix du péril. — Comme Pothier, il mêle et confond bien souvent la théorie des deux contrats et renvoie de l'un à l'autre (t. I, *préf.* p. 14 et 15, t. II, p. 403, 420 et *fusè*).

Et néanmoins il dit (t. II, p. 403) que ces deux contrats *ont chacun une essence et une nature particulières* et (p. 414) que le contrat de grosse *n'est pas une assurance.*

Comment concilier cela ?

Sans doute il y a (et il y avait surtout alors) certaines différences entre le contrat de grosse et l'assurance ordinaire, pure et simple, telle qu'on la pratique généralement aujourd'hui, et ces différences ont été minutieusement signalées par Pothier (n° 6) et par Emérigon (420 et sq.).

Mais ces différences portaient sur des formes, sur des caractères extérieurs, sur des modes d'exécution, et elles tenaient précisément au mélange d'un prêt, d'une avance faite par l'une des parties à l'autre.

Si du contrat de grosse on détachait le prêt, ce n'était plus qu'une assurance, les deux contrats étaient identiques au fond comme dans la forme.

C'est ce que, dès-lors, Cleirac (p. 277) et, mieux encore, Valin avaient aperçu.

On connaît la controverse élevée entre ce dernier et Emérigon, au sujet de la préférence que l'ordonnance accordait sur l'assureur au donneur à la grosse ; nous en avons nous-même exposé les détails ci-devant (t. II, p. 365 et sq.).

Or l'opinion de Valin sur le contrat de grosse, l'aspect sous lequel il le considérait et voulait qu'on le considérât, ont été adoptés par le Code de commerce.

Déjà l'ordonnance s'était beaucoup éloignée du système ancien, qui n'y voyait guère qu'un prêt aléatoire ; elle l'avait sensiblement fait incliner vers l'assurance.

Le nouveau Code l'a poussé encore dans cette direction, il a fini presque par confondre les deux contrats.

Il a effacé la plupart des différences que signalaient encore Pothier et Emérigon.

Il a admis l'assureur à concourir avec le donneur sur les effets sauvés.

Il a soumis le donneur à répondre, tout comme l'assureur, non plus seulement des avaries grosses, mais encore des avaries particulières.

Il a voulu que la même prescription atteignît l'un et l'autre, etc.

En sorte qu'aujourd'hui plus que jamais, il est vrai de dire que l'assurance et le contrat de grosse sont deux contrats semblables, homogènes, ayant mêmes bases, mêmes principes, mêmes caractères, mêmes effets,

différant seulement dans quelques formes ou dans quelques modes d'exécution ;

Et qu'en définitive le contrat de grosse n'est qu'une variété, qu'une espèce particulière d'assurance, où l'assureur, au lieu de n'indemniser l'assuré qu'après l'événement, lui fait l'avance de l'indemnité, sauf restitution, et où la prime, au lieu d'être toujours acquise à l'assureur, n'est due par l'assuré que le cas de restitution arrivant.

Au surplus, plus nous examinerons ce qu'est l'assurance, et plus nous nous convaincrons que le contrat de grosse n'est pas autre chose ; sans cesse nous serons amenés à rapprocher et à confondre deux contrats que leur nature et leurs effets font rentrer l'un dans l'autre.

C'est donc avec raison qu'on a pu, surtout maintenant, qualifier le contrat de grosse d'*assurance à la grosse*, et le change ou profit maritime de *prime de grosse*.

Et le moment est venu pour nous de remplacer d'anciennes définitions, écartées comme obscures, compliquées ou incomplètes, par une définition que nous avons réservée et qui nous semble plus simple, plus complète et plus exacte tout à la fois.

Nous définirons donc le contrat à la grosse : *un genre particulier d'assurance, où l'assuré (appelé donneur) fait à son assuré (appelé preneur) l'avance de l'indemnité de la perte ou du dommage qu'éprouverait en mer une certaine chose, sous l'affectation de cette même chose au remboursement éventuel des fonds*

avancés, et moyennant une prime (appelée change ou profit maritime) que l'assuré promet de payer, le cas échéant, à son assureur (45).

Les notions préliminaires que nous avons acquises nous ont préparés à mieux examiner, quel sont les caractères juridiques du contrat d'assurance, quels sont ses principes légaux et ses règles fondamentales, en ayant soin d'y rattacher incidemment les caractères, les principes et les règles du contrat à la grosse, car, à cet égard, notre étude a été incomplète ou hâtive, et nous nous sommes réservé de la compléter ici.

---

(45) Cette ingénieuse théorie, ainsi que la définition dernière qui la termine et la résume, étaient bien plus vraies autrefois qu'elles ne le sont aujourd'hui ; elles avaient déjà beaucoup vieilli à l'époque où M. Cresp écrivait ces lignes. En effet, on ne contracte guère depuis longtemps de prêt à la grosse qu'en cours de voyage, pour réparation des avaries survenues au navire ou à la marchandise, au navire surtout. Cet état de choses a pris même, quant au navire, un caractère légal, depuis qu'un article de la loi de 1874 sur l'*hypothèque maritime* a abrogé le privilége du prêt à la grosse contracté avant le voyage, et a par conséquent fait disparaître, quant à ce, toute l'utilité de la convention. Or, dans cette situation, l'intimité entre les deux contrats devient forcément moins étroite, et l'identité absolue de règles ne s'impose plus; car d'une part le bailleur de fonds n'a entendu faire qu'un prêt, un prêt avec cette simple particularité que la somme est remboursable, non plus sur toutes les facultés mobilières et immobilières du débi-

Et d'abord, il semble qu'à peine il est besoin de poser la question :

L'assurance, telle que nous l'avons définie, est-elle un contrat *synallagmatique* ?

De sa définition même, il ressort que ce contrat renferme une double obligation :

De la part de l'assureur, obligation de répondre et d'indemniser des risques ;

De la part de l'assuré, obligation de payer la prime, prix équivalent de ces risques.

S'il y a obligations réciproques, le contrat est incontestablement synallagmatique ou bilatéral.

Et ce contrat est des synallagmatiques *parfaits*, c'est-à-dire de ceux où les obligations réciproques ne

---

teur, mais seulement sur la chose affectée en garantie, et jusqu'à concurrence de ce qu'il en pourra plus tard rester ; et d'autre part ce prêt ayant eu lieu dans l'intérêt des assureurs eux-mêmes, ce serait un contre sens de les admettre en concours avec le prêteur, soit en cas de naufrage ou autre sinistre majeur, soit même en cas d'avaries ; ce qui exclut à la fois l'application des articles 330 et 331 Cod com. Ces idées ont été développées récemment avec une grande vigueur par M. de Courcy dans une monographie spéciale intitulée *Questions de droit maritime*, p. 1 et sq.; il est regrettable seulement que quelques exagérations de pensée et de langage, et [certaines solutions contestables, déparent ce travail marqué à la fois au coin d'un grand sens pratique et d'une grande élévation de vues.

sont pas simplement accessoires ou accidentelles, mais principales ou inhérentes au contrat.

En effet, les deux obligations, celle de l'assureur et celle de l'assuré, sont également viscérales, elles tiennent également à la nature, à l'essence même du contrat.

Elles portent, l'une sur les risques, l'autre sur la prime, deux choses qui, autant l'une que l'autre, sont essentielles au contrat et forment ses éléments constitutifs : *emptio periculi*, *pretium periculi*, tels sont les deux correspectifs indivisibles, indispensables de toute assurance, les deux éléments qui seuls, par leur réunion, puissent constituer un contrat de ce genre.

Remarquons pourtant que ce contrat n'a pas toujours été et n'est pas même aujourd'hui toujours considéré comme synallagmatique, comme contenant obligation des deux parts.

Dans l'origine la prime (comme son nom l'indique et comme nous le verrons mieux plus tard) devait être payée *primo*, avant tout. Ce paiement fait par l'assuré devait précéder la signature de l'assureur, ou du moins être effectué au moment même de la signature. On regardait ce paiement comme le complément du contrat, comme nécessaire à sa perfection ; à défaut, le contrat étant réputé inefficace, il était de nul effet. (Règlement de Barcelone cité par Emérigon, t. I, p. 81 ; Cleirac, p. 287 ; Roccus, note 83 ; Kurcke, p. 386 ; Casaregis, *Disc.* I, n° 138 ; Ord. de 1681, art. 6 ; Valin, t. II, p. 28 et 47 ; Emérigon, t. I, p. 79 et 81).

Valin dit que, de son temps, cela était encore ainsi pratiqué en divers endroits du royaume, dans les pays étrangers, et notamment en Angleterre (tel y est encore l'usage).

C'était l'usage à Marseille (Emérigon, *loc. cit.*).

En divers lieux, au lieu de payer la prime en *espèces*, souvent les assurés la payaient en *billets*, et la police était également quittancée (Emérigon, Valin, *ibid.*); et il est possible que cette pratique se soit maintenue quelque part.

Lors donc que la prime était ou est encore payée, en argent ou en billets, par avance ou au moment de signer, l'assurance peut-elle encore se dire synallagmatique ?

Oui, sans doute, en pur droit, en rigueur de principe, le pacte en lui-même et par essence, étant synallagmatique et impliquant obligation réciproque.

Mais, des deux obligations principales qui en résultaient, l'une, celle de l'assuré, se trouve d'avance remplie, exécutée ; le contrat porte quittance de la prime déjà reçue.

Il ne reste donc plus que l'autre obligation principale, celle de l'assureur, de répondre des risques ; le contrat n'en contient et n'en peut pas contenir d'autre ; ce contrat devient donc par le fait unilatéral (Estrangin, p. 307, 327 : Boulay-Paty, t. III, p. 252 ; Toullier, t. VIII, p. 490, n° 327 ; Pardessus, t. III, p. 310 ; Vin-

cens, t. III, p. 207, n° 3; Favard, v° *assur.*, p. 231; Merlin, *Quest.*, t. VIII, p. 580) (46).

Mais remarquez que, dans la pratique, le commerce s'est généralement écarté de ce que prescrivaient certaines lois et certains docteurs, sur le paiement anticipé ou instantané de la prime.

Dans les polices, ce paiement a été simplement promis ou atermoyé; on a convenu que la prime serait payée après la cessation des risques, ou même dans tel délai après cette cessation. Cela été laissé a la libre convention des parties ; voy. Estrangin sur Pothier, p. 127.

---

(46) Dans les termes où elle est présentée, cette solution doit être admise, et cela dans le cas même où l'assuré, payant en billets, ces billets viendraient à ne pas être acquittés. La police, en portant quittance,a opéré une véritable novation dans la créance, et n'a plus rien laissé subsister des obligations de l'assuré comme tel. Et la question offre un très-grand intérêt pratique au point de vue du privilége de la prime, comme à celui de l'application de l'article 346. Mais il n'en serait plus ainsi, même dans l'hypothèse où la police porterait encore quittance, si en même temps la prime avait été stipulée payable en billets ou effets de commerce; dans ce cas l'effet de la quittance serait subordonné au paiement des billets, c'est-à-dire que la novation n'existerait que conditionnellement. *A fortiori* si la police n'était pas quittancée. Cpr. dans une question analogue et en ce qui concerne les billets souscrits par les assureurs pour paiement des indemnités qui sont à leur charge, un très-intéressant arrêt de la Cour d'Aix, du 22 fév. 1841 (*J. M.* 20. 1, 179).

Et tout cela n'a rien que de conforme à la nature du contrat : la prime lui est essentielle ; mais pourvu qu'elle soit stipulée, peu importe qu'elle soit payée ou seulement promise : *De essentia contractus non est ut præmium numeretur, sed super eo conveniatur* (Stypmann, p. 475, n° 545).

De là il suit que, sauf les cas ou les localités où la prime se paierait comptant, l'assurance, dans la pratique comme en droit, est un contrat synallagmatique et synallagmatique parfait (47).

---

(47) Deux conséquences découlent de ce premier et fondamental caractère de notre contrat : 1° la nécessité des doubles, lorsque la police a été dressée en la forme sous seing privé ; c'est un point que nous avons déjà à plusieurs reprises touché, et sur lequel nous reviendrons encore plus tard ; 2° la faculté pour chacune des parties, lorsque son co-contractant est tombé en faillite, de *demander caution, ou la résiliation du contrat* (art. 346). Seulement ce dernier point présente, à côté de l'application même du principe, quelques particularités à noter. Ainsi la faculté dont s'agit est accordée à l'une ou à l'autre des parties contractantes *lorsque le risque n'est pas encore fini,* c'est-à-dire avant que le contrat ne vienne à exécution par l'exigibilité des deux dettes ; ainsi encore la partie lésée n'a pas seulement le choix entre la résiliation et l'exécution forcée du contrat, en conformité du droit commun, elle peut en plus *demander caution ;* ce qui est un changement apporté aux accords primitifs.

Mais tout cela a-t-il pour résultat de détruire la physionomie de la règle, d'en faire *un jus singulare,* applicable seulement

Maintenant en est-il de même ou autrement, du contrat de grosse dont la prime n'est jamais payable, ni payée comptant, puisqu'à la différence de la prime

---

dans le cas textuellement prévu par le législateur ? La question peut être agitée, et l'a été en effet dans deux circonstances différentes : 1° en cas de simple suspension de paiements, non suivie de déclaration de faillite ; 2° dans le cas où les risques étaient bien finis alors que se produisait la demande soit en résiliation, soit en bail de caution, mais où cette cessation des risques était inconnue aux parties. L'application de l'article 346 n'a guère fait difficulté dans la première hypothèse, par suite de la tendance générale à assimiler la simple suspension de paiements à la déclaration judiciaire de faillite. Il n'en a pas été de même dans la seconde, et la plupart des auteurs se sont prononcés contre ce qu'ils ont cru être une extension de l'article ; voy. en ce sens Alauzet, t. III, n° 1422 ; Caumont, *op. cit.* v° *assur.* n° 160 ; Bédarride, t. III, n° 1180. Nous nous permettons de ne pas partager cet avis. Il est de principe, en matière d'assurance, que des risques putatifs équivalent à des risques réels ; or si la considération de la bonne foi des parties a été prédominante en ce qui concerne la formation même du contrat, *a fortiori* devra-t-elle l'être, en ce qui concerne sa résolution, ou même la simple modalité apportée à son exécution. Il est à remarquer de plus que, si l'on adoptait la solution contraire, on aboutirait le plus souvent à ce résultat, qu'un assuré de bonne foi, par exemple, pourrait après coup se trouver ramené à l'exécution d'un contrat dont il aurait demandé et obtenu la résiliation en justice, et alors qu'il aurait usé déjà de sa liberté pour se réassurer ailleurs ? De pareilles conséquences ruinent un principe ou une opinion.

d'assurance, elle n'est due et acquise qu'en cas d'heureuse arrivée? (48)

D'après ce qui précède, il semble qu'il ne devait y avoir nulle difficulté à répondre affirmativement; oui,

---

En résumé nous croyons qu'il ne s'agit ici que d'une application *parcè detorta* d'une grande règle du droit commun, celle de l'article 1184 Code civil, et qu'il faut dès-lors l'entendre largement, ainsi que cela se pratique du reste dans les matières commerciales; voy. dans le sens de ces observations un arrêt très net de Bordeaux, du 5 mars 1861, et un jugement de Marseille du 21 novembre de la même année (*J. P.* 1862. 2. 54 et *J. M.* 1861. 2. 179 et 1862. 1. 113).

Sur le sens exact de l'alternative dont il est question dans l'article 346, et sur l'étendue du cautionnement, lorsqu'il est fourni, nous ne pouvons que nous référer aux solutions très-juridiques adoptées par M. Bédarride, n° 1192 et 1193. Ajoutons enfin que la convention des parties a modifié en un point l'application de l'article 346; elle a fait disparaître la nécessité d'une demande judiciaire, et disposé qu'à défaut de donner caution dans les 24 heures, le contrat serait résilié de plein droit; voyez l'art. 27 de la police unifiée Paris-Marseille qui réflète sous ce rapport le dernier état de la pratique, et l'explication que fournit à l'appui M. de Courcy dans son ouvrage intitulé: *Commentaire des polices françaises d'assurance maritime*. La raison de cette disposition est du reste facile à concevoir; on a voulu éviter par là que les lenteurs dela procédure judiciaire ne menassent les intéressés, assureurs ou assurés, jusqu'à l'expiration du risque, et ne les missent dans l'impossibilité de profiter de la faveur de la loi.

(48) C'est la question annoncée t, II, p. 384, note 102.

l'assurance à la grosse est *bilatérale*, tout comme l'assurance proprement dite.

Et pourtant, contre cette opinion, nous trouvons d'abord une grave autorité qui en a entraîné beaucoup d'autres.

C'est Pothier qui, dans son traité *ex professo* du contrat à la grosse, dit et répète, en termes bien fermes et bien affirmatifs, que ce contrat est *unilatéral*, que le prêteur ne s'y oblige à rien, que l'emprunteur seul y contracte une obligation : celle de rendre la somme prêtée, en cas d'heureuse arrivée (nº 2, 3, 6, 33, 42).

Malgré tout le respect qui lui est dû, nous ne pouvons voir là qu'une erreur de sa part, devenue plus grave encore dans les auteurs modernes qui l'ont copié.

Cette erreur a été chez Pothier le fruit d'une préoccupation : il n'a vu, à cet égard, dans le contrat à la grosse que sa vieille nature de prêt, de *mutuum*, qui en effet y prédominait chez les Romains. Et dès-lors, il y a appliqué, sans autre réflexion, ce qu'il avait dit du *mutuum* ordinaire, du *prêt de consomption* pur et simple (*Du prêt de consompt.* nº 28, 2e al.).

Etonnante inconséquence de la part d'un homme qui, en même temps établit (nº 8) que dans le contrat à la grosse se joint au *mutuum une convention par laquelle le prêteur se charge des risques*, ce qui n'est autre chose qu'une *assurance;* qui, pour légitimer le profit maritime et son taux indéfini, établit (nº 2) que ce n'est pas l'intérêt d'un prêt, mais le prix du péril dont le don-

neur se charge ; qui établit (nos 7 et sq.) que les risques mis à la charge du prêteur, et le prix qui lui en est promis, sont de l'essence du contrat de grosse, etc. etc.

Or cette convention, cette assurance qui, jointe au *mutuum*, forme ce contrat, n'implique-t-elle pas nécessairement les mêmes obligations réciproques qui naissent d'une assurance contractée isolément de tout autre pacte ?

De la part du donneur n'y a-t-il pas, comme de la part de l'assureur, *obligation* de répondre des risques, d'en indemniser le preneur, ou (ce qui est la même chose) de ne pas redemander l'indemnité dont il lui a fait l'avance ?

Pothier (n° 42) se prévaut de ce que l'Ordonnance (art. 16) affranchissait le prêteur à la grosse des *avaries particulières* dont les assureurs répondaient.

Mais qu'importait cela ? de ce que le prêteur ne répondait pas des avaries particulières, il ne s'ensuit pas qu'il ne répondît de rien, qu'il ne fût obligé à rien.

En effet, ne répondait-il pas, n'était-il pas tenu de la perte, ce qui était plus ?

Et même, en fait de simples dommages, le prêteur n'était-il pas tenu des *avaries grosses* (même art. 16) ?

Pothier le reconnaît (n° 44); mais comment concilier cela avec son affirmation que le prêteur ne s'oblige à rien envers l'emprunteur ? N'est-ce pas y donner un démenti formel ?

Il a lui-même senti qu'il y avait là contradiction, et pour la sauver qu'a-t-il imaginé de dire ?

Que l'obligation de contribuer aux avaries communes n'est pas une obligation qui naisse directement du prêt, ni qui soit proprement contractée envers l'emprunteur, qu'elle est plutôt contractée envers celui qui procure à ses dépens la conservation des effets. Si, lorsque l'emprunteur a acquitté de ses deniers cette contribution, le prêteur est obligé de lui en faire déduction, ce n'est que parce qu'il a acquitté cette dette pour lui.

Déplorable et subtile défaite, bien peu digne d'un esprit connu par sa justesse et sa bonne foi habituelles!

Il avoue bien qu'il y a obligation du donneur, mais ce n'est pas, dit-il, une obligation qui naisse directement du prêt. Nous le croyons bien ; car elle est directement contraire à la nature du prêt *mutuum*, qui veut que l'emprunteur seul supporte le dommage de la chose devenue sa propriété.

Mais si, comme il le dit, elle ne naît pas du prêt, elle ne naît pas, non plus, du subtil détour qu'il imagine : elle naît, tout naturellement et bien directement, du pacte d'assurance, adhérant au prêt dans le contrat à la grosse et que l'auteur oublie ici très-complétement, quoique lui-même, quelques numéros auparavant, l'eût signalé comme partie intégrante et nécessaire de ce contrat.

L'obligation de supporter la perte entière naît, bien moins encore, du prêt, par voie directe ou indirecte; et cependant, contre la nature du prêt, mais en vertu du pacte d'assurance, le donneur est tenu de supporter

cette perte, d'en indemniser le preneur. C'est bien mieux qu'une déduction à faire sur la somme avancée, c'est la perte entière de ses avances que le donneur doit souffrir.

L'opinion de Pothier pouvait dont être reconnue fausse, même sous le régime de l'ordonnance, et malgré les différences qu'elle laissait encore subsister entre le donneur et l'assureur pur et simple.

Cela semble avoir été senti par Emérigon. Déterminant (t. II, p. 415) les caractères du contrat à la grosse, il en signale plusieurs d'une manière très-affirmative, mais quand il s'agit de savoir s'il est ou non *unilatéral*, il prend la forme interrogatoire : *est-il synallagmatique ?* La réponse est : *M. Pothier dit que ce contrat est unilatéral.* Et il n'ajoute rien de plus, laissant percer le doute et le défaut de conviction. Sans sa modestie quelquefois excessive, il n'eût pas manqué d'objections à faire.

Mais ce qui déjà était erroné sous l'ordonnance, n'est-il pas devenu tout à fait insoutenable de nos jours, depuis que le Code de commerce, effaçant toute différence entre le donneur et l'assureur, a soumis l'un comme l'autre à répondre des avaries. tant particulières que communes, et, dans le cas de perte, a donné à l'un et à l'autre les mêmes droits sur le sauvetage ?

Tout prétexte aux distinctions et subtilités a, par cela même, disparu.

Et pourtant, sans même s'apercevoir de ce pas fait par la législation, les auteurs modernes, sur la parole de

Pothier, ont dit et répété que le contrat de grosse est *unilatéral*, que le preneur seul s'y oblige, que le donneur ne s'y oblige en aucune manière (Boulay-Paty sur Emérig. t. II, p. 417; Delvincourt, t. I, p. 194; Merlin, *Quest. de droit*, t. VIII, p. 580; Pardessus, t. III, p. 484, n° 887; Delaporte, t. II, p. 76; Bressoles, p. 25; Bravard, p. 389 : Bédarride, n° 833).

Ce qui a surtout trompé et égaré ces auteurs, c'est la dénomination même de prêt à la grosse, usitée, dès l'origine, pour notre contrat.

Ils ont dit : le contrat de grosse n'est qu'un contrat de prêt, prêt de consommation, *mutuum*.

Or le prêt est unilatéral ; l'emprunteur seul s'y oblige à restituer la somme ou chose fongible. Le prêteur n'y contracte aucune obligation.

Mais, à supposer qu'il s'agit même d'un prêt ou *mutuum* ordinaire, est-il vrai que le prêteur ne s'y oblige absolument à rien ? N'est-il pas obligé d'attendre le terme convenu pour la restitution, de ne pas redemander avant ce terme ?

Le Code civil (art. 1899) appelle cela *obligation*, et si quelque controverse s'est élevée sur l'exactitude du mot, d'habiles jurisconsultes en ont défendu et justifié l'emploi (Toullier, t. VI, n° 19, p. 17 ; Rolland de Villargues, v° *Contrat*, n° 19 ; Troplong, du *prêt*, n° 196).

Si ne redemander qu'après un certain temps est une *obligation*, à plus forte raison en est-ce une de ne redemander jamais, si telle condition s'accomplit : ce qui constitue précisément un pacte d'assurance.

Or les auteurs, dans leur raisonnement, font abstraction complète de cette assurance, qui entre essentiellement dans la convention de grosse, qui actuellement n'y est plus secondaire, accessoire, subordonnée au prêt, mais qui y est aussi principale, non-seulement égale, mais prédominante.

Le donneur est réellement et avant tout un assureur, et contracte comme tel.

Comme tout assureur, il s'oblige donc principalement envers le preneur, qui est son assuré, à l'indemniser, soit de la perte totale, soit de la perte partielle ou avarie.

Mais l'objection à cela est ou peut être de dire : Si, de la part du donneur, il y a vraiment *obligation*, il doit y avoir pour le preneur assuré une *action* correspondante, c'est-à-dire, comme pour l'assurance pure et simple, l'action en indemnité de la perte, soit totale, soit partielle.

Or nous ne voyons pas que jamais le preneur doive et puisse exercer cette action en indemnité ; jamais, prenant l'initiative, il n'attaque son prêteur ; c'est toujours celui-ci qui l'actionne lui-même en remboursement.

L'objection confond deux choses qu'il faut distinguer: autre chose est un droit en lui-même, autre chose est l'exercice de ce droit ou son mode d'exercice.

Le droit qui résulte pour nous de l'obligation d'un tiers, ne s'exerce pas toujours nécessairement par une *action* proprement dite,

Il est même certains droits qui ne sont pas susceptibles d'être exercés par voie d'action, et qui ne peuvent l'être que par voie d'*exception*, de compensation ou de déduction.

C'est ce que M. Troplong (*loc. cit.*), d'accord avec Doneau, établit très-bien d'après les jurisconsultes romains.

Et c'est ce que Pothier lui-même reconnaît et applique à un cas analogue en matière de contrats maritimes (*Chart. part.* nos 87 et 92).

Maintenant, par quelle voie le preneur assuré peut-il et doit-il faire valoir ses droits contre son donneur-assureur, tenu de l'indemniser ?

Dans l'assurance ordinaire, c'est par *voie d'action* qu'il doit atteindre son assureur et obtenir l'indemnité promise pour le cas de perte ou d'avarie, en prouvant contre lui que ce cas s'est réalisé.

Mais, dans l'assurance à la grosse, qu'a-t-il à prouver et à demander contre son assureur ?

Nanti qu'il est par avance des fonds de cet assureur, quel intérêt a-t-il et peut-il avoir à l'actionner en paiement d'une indemnité qu'il en a déjà reçue ?

Serait-ce pour se faire reconnaître ou déclarer libéré de l'obligation de restituer ce qu'il a reçu ?

Mais, puisqu'il en est libéré de plein droit et par le fait même qui s'est réalisé, ce serait là vouloir se donner une vaine et puérile satisfaction.

Dans la situation où il est, il n'a raisonnablement qu'une chose à faire : c'est d'attendre l'attaque de son assureur, qui, s'il prétend que l'événement du risque est en sa faveur, lui redemandera les fonds qu'il a avancés.

Alors, selon l'occurrence, l'assuré se défendra, et sa défense se tirera, soit de la perte, soit de l'avarie qui aurait eu lieu.

S'il y a eu perte, il opposera que les fonds par lui reçus comme indemnité *éventuelle*, sont devenus entre ses mains une indemnité *définitive*, qu'ils lui sont acquis à ce titre, et qu'en conséquence le donneur n'a rien à redemander.

S'il n'y a eu qu'avarie, il répondra au donneur, demandant la restitution : Si, d'un côté, cette restitution vous est due, d'un autre côté vous me devez vous-même l'indemnité du dommage; le montant de ce dommage doit donc être déduit ou compensé sur ces avances, et vous ne pouvez réclamer que l'excédant en mes mains.

En résultat, le preneur assuré a contre son donneur tous les mêmes droits qu'a contre son assureur un assuré ordinaire ; seulement (car c'est là toute la différence, tombant toute en exécution) les droits que l'assuré ordinaire, qui n'a rien reçu, fait valoir par action directe et par voie d'initiative, l'assuré à la grosse, déjà nanti, ne les exerce que par voie d'exception, de déduction ou de compensation.

Il en est enfin de l'assurance à la grosse comme de

toute autre assurance ; elle implique et contient obligation des deux parts : elle est synallagmatique (49).

Les deux contrats, d'assurance et de grosse, sont également aussi de la classe des contrats appelés *à titre onéreux* ou intéressés de part et d'autre.

Impossible en effet d'y voir, de la part de qui que ce soit, un caractère, une intention de libéralité ou de bienfaisance.

C'est pour leur utilité commune que les parties y contractent : chacun de son côté s'y propose un avantage.

L'assureur ou le donneur veut y gagner la prime ou le change. L'assuré ou le preneur y cherche et y trouve la garantie de sa chose, l'indemnité du risque qu'elle court. Le preneur, en faisant un plus grand sacrifice que l'assuré, y trouve, de plus que lui, l'avantage d'obtenir une indemnité anticipée.

---

(49) Cette question, que M. Cresp a discutée avec sa finesse d'esprit, sa fécondité d'arguments, et son charme de diction habituels, n'a pas en somme une très-grande importance pratique. En admettant comme lui que le contrat à la grosse constitue, comme l'assurance proprement dite, un contrat synallagmatique (ce qui, étant donnée la façon dont se réalise aujourd'hui la convention, nous paraît bien contestable, et l'idée de prêt nous semble au contraire dominer, et de beaucoup, celle d'assurance), tout ce qu'il en résulterait c'est que les articles 1325, sur la nécessité des doubles, et 1184 Code civil, sur l'effet de la condition résolutoire tacite, deviendraient naturel-

Le caractère intéressé a été sans difficulté reconnu au contrat de grosse, aussi bien qu'à l'assurance (50). Et là Pothier est obligé de reconnaître que ce n'est pas un prêt ordinaire qui, dans les anciens principes, était essentiellement gratuit (51).

Mais si, sur ce point, ils assimilent les deux contrats voici un autre point sur lequel les auteurs signalent une différence.

---

lement applicables. Or aucune de ces dispositions ne peut, par la force même des choses, trouver son application ici, l'article 1325 parce que le contrat a été partiellement exécuté, et qu'aux termes de la loi elle-même, le défaut de doubles ne peut plus alors être opposé ; l'article 1184, parce que le prêteur n'y a aucun intérêt, attendu qu'ayant accompli lui-même son obligation, il serait toujours obligé d'agir par voie de répétition, c'est-à-dire d'action personnelle et, qui pis est, d'action non privilégiée.

(50) C'est pour cela qu'une assurance sans prime ne serait, sous une autre forme, qu'une donation conditionnelle de l'indemnité à payer, et se trouverait soumise en principe à toutes les règles des donations. De même pour le contrat de grosse, en ce qui concerne le profit maritime.

(51) Idée peu exacte encore ; dans les anciens principes, comme aujourd'hui, le prêt était *naturellement*, mais non pas *essentiellement* gratuit ; un simple pacte, ajouté à la convention principale et faisant corps avec elle, pouvait lui faire produire des intérêts.

On connaît la distinction (moins tranchée qu'autrefois, mais qui n'en existe pas moins), entre les contrats *consensuels* et les contrats *réels* ; les uns parfaits par le seul consentement des parties, les autres exigeant, pour leur perfection, qu'il s'effectue autre chose que le simple consentement.

L'assurance, le contrat de grosse sont-ils l'un et l'autre consensuels ou réels ?

Pour l'assurance nos auteurs français enseignent que c'est un contrat *consensuel*, parfait par leur seul consentement sur le risque et sur la prime, tout comme l'est la vente par le consentement sur la chose et sur le prix (Pothier, *assur.*, n° 5; Boulay-Paty, t. III, p. 240; Pardessus, t. II, p. 482; Bédarride, n° 1007, etc.).

D'abord sur quoi, même remarque à faire que pour le caractère bilatéral attribué aussi au contrat ; c'est que l'assurance n'a pas été toujours et partout, et n'est pas même aujourd'hui partout, considérée comme consensuelle.

A certaines époques et dans certains pays, des législateurs, des jurisconsultes ont pensé, la pratique a voulu et veut même encore que, pour que l'assurance soit valable et parfaite, pour qu'elle produise ses effets, il intervienne quelque chose, outre le consentement.

Et ce quelque chose, c'était ou c'est encore le *paiement de la prime* à faire avant tout, et faute duquel l'assurance est inefficace, est nulle (voir ci-dessus).

Or, c'était bien, ou c'est bien encore là, considérer l'assurance comme un contrat réel.

De plus si, dans l'opinion commune et la pratique la plus générale, l'assurance est aujourd'hui considérée comme *consensuelle*, il ne faut pas attacher à ce mot un sens abusif ou trop large.

Il sera vrai que le contrat est consensuel, par opposition aux contrats réels, en ce sens que, pour lier les parties, pour être valide et obligatoire entre elles, il ne sera pas nécessaire que l'une donne ou livre à l'autre quelque chose ; qu'il suffira que la prime soit promise, tout comme la garantie de l'assureur.

Mais il n'en faudra pas conclure que le seul consentement, à l'instant même où il intervient, produise de part et d'autre des obligations absolues, définitives ; nous verrons plus tard ce qui en est de ces obligations.

Il ne faudrait pas, non plus, trop se hâter d'en conclure que le seul consentement *verbal* doive suffire pour donner l'être et la forme au contrat, indépendamment de toute forme, de tout acte servant à le constater. C'est là un point qu'en temps et lieu nous verrons être vivement débattu.

Qu'en est-il du contrat de grosse ?

Est-il ou non, comme l'assurance, un contrat purement consensuel ?

Pothier a répondu qu'à la différence de l'assurance c'était un contrat réel (*Contrat de grosse*, nos 3 et 6).

Emérigon n'a pas bien expressément répété son affirmation. Il se borne à dire (t. II, p. 415) que le contrat de grosse *est beaucoup plus réel que personnel.*

Que veut dire cela ? Qu'est-ce, dans le droit, qu'un contrat personnel ? On n'y connaît que des obligations personnelles, que des actions personnelles, par opposition aux obligations ou actions appelées réelles.

L'idée d'Emérigon, mal exprimée ou assez embarrassée, est que le donneur à la grosse suit plus la foi de la chose que celle du preneur, qu'il compte plus sur le gage qu'on lui donne que sur la solvabilité du débiteur.

Cela peut être vrai, mais cela ne fait nullement que le contrat de grosse soit un contrat réel, dans le vrai sens du mot.

Qu'en est-il cependant ? Le contrat de grosse est-il ou non un contrat qu'il faille appeler *réel ?*

Ici il faut dire oui, avec Pothier et les auteurs modernes.

Car à la différence de l'assurance pure et simple, qui, selon les temps et les lieux (selon que la prime devait ou non être payée comptant) était tantôt réelle et tantôt consensuelle, le contrat de grosse est toujours et partout un contrat réel.

A quoi cela tient-il ?

Précisément à ce que l'assurance n'y est pas pure et simple ; à ce que, par la nature même du contrat, elle s'y trouve compliquée, mélangée de prêt. Le donneur assureur y prête, y avance au preneur-assuré le montant de l'assurance, et c'est ce qui différencie ce genre particulier d'assurance de l'assurance commune.

Il faut donc, pour qu'il y ait contrat de grosse, qu'il y ait prêt, avance.

Or, pour qu'il y ait prêt, il faut qu'il y ait numération des deniers, tradition de la somme prêtée; jusques-là le contrat n'existe pas véritablement.

Ainsi le décidait le droit romain ; de même l'ancien droit français ; de même encore le Code civil, qui, dans ses articles 1875 et 1892, définit le prêt *un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre*, etc.

Il faut donc livraison immédiate, instantánée pour pour qu'il y ait prêt, et par conséquent pour qu'il y ait contrat de grosse, puisque le prêt est un de ses éléments.

Si l'indemnité n'y précédait pas, mais suivait l'évènement du risque, ce ne serait plus un contrat spécial, mais une assurance ordinaire pure et simple.

Supposons pourtant une convention par laquelle le donneur, sans rien débourser actuellement, promettrait seulement de prêter telle somme à la grosse, à telles conditions, pour tel voyage, moyennant tel profit, etc.

A défaut de livraison actuelle, n'y aurait-il aucun lien, rien d'obligatoire entre les parties?

Cette convention, quoique purement consensuelle, devrait au contraire, dans nos principes nouveaux, produire quelque effet.

L'article 1134 Code civil pose en principe que toutes les obligations légalement formées, tiennent lieu de loi aux parties.

D'après cela on décide que la promesse de prêter est obligatoire, et cela surtout, entre négociants, en matière commerciale (Pardessus, t. I, p. 256, et t. II, p. 299).

Donc notre promesse de prêter à la grosse serait obligatoire.

Mais ce ne serait pas là un contrat à la grosse, pas plus que la promesse de prêter n'est un prêt.

Tout comme la promesse d'un prêt ordinaire, la promesse de prêter à la grosse se résoudrait en dommages-intérêts (52).

La plupart des auteurs disent de l'assurance que c'est un contrat conditionnel. (Santerna, part. III, n[os] 24 et 42, part. V, n[e] 7 ; Roccus, note 13, p. 157 ; Kuricke, p. 830 ; Cleirac, *Guid.* chap. III, art. 2 ; Emérigon, t. I, p. 12 ; Boulay-Paty, t. III, p. 240 ; Estrangin sur Pothier, p. 8, etc.).

C'est encore ici le cas de se demander : y a-t-il donc, dans le droit, une classe de contrats qu'on appelle *conditionnels ?*

Non, à parler exactement ; tout ce qu'on y trouve, ce sont des obligations conditionnelles, c'est-à-dire contractées sous condition, par opposition à celles qui sont contractées purement et simplement.

Si donc un contrat peut être appelé conditionnel, ce n'est que parce que les obligations qu'il renferme ou qui en naissent, sont conditionnelles.

C'est bien dans ce sens que l'ont entendu les auteurs; mais ils l'ont aussi entendu sous d'autres rapports que nous expliquerons et apprécierons plus tard.

---

(52) Cpr. t. II, p. 215. note 7).

Pour le moment bornons-nous à voir s'il est vrai que le contrat d'assurance soit conditionnel, en ce sens qu'il produise des obligations conditionnelles.

1° L'obligation que l'assureur y contracte est-elle conditionnelle ou pure et simple ?

Cet assureur s'oblige à indemniser l'assuré des pertes et dommages qui, dans tel temps et dans tels cas déterminés, atteindraient tel navire ou telle marchandise à bord.

Son obligation n'a donc lieu que sous la condition *si le navire ou la marchandise périt ou est endommagée dans les termes convenus.*

C'est cet événement incertain de la perte ou de l'avarie, qui est la condition de l'obligation de l'assureur.

Et il est impossible de la concevoir autrement que conditionnelle, de la concevoir pure et simple ; que serait en effet la promesse de payer, *quoi qu'il arrive,* quel que soit l'évènement ? Que serait la promesse d'indemniser, même dans le cas où il n'y aurait pas lieu à indemniser ? Ce ne serait pas là une assurance, mais une vraie donation.

2° Qu'en est-il de l'obligation de l'assuré, celle de payer la prime ? Celle-là aussi est-elle conditionnelle, ou bien est-elle pure et simple ?

Elle est ordinairement pure et simple, en ce sens que la prime est due, quel que soit l'évènement, heureux ou malheureux, que le navire périsse ou arrive à bon port ; s'il y a perte, elle est compensée et déduite à l'assureur sur ce qu'il a à payer lui-même.

Est-ce à dire pour cela, que les parties ne puissent, s'il leur plait, convenir que la prime ne sera due que dans le cas d'heureuse arrivée, et qu'en cas de perte, l'assureur paiera sans aucune déduction ?

Ce pacte serait-il illicite ? Blesserait-il l'équité ou les principes du contrat ?

On ne saurait le penser ; il est vrai qu'en cas de perte, l'assureur, soumis à payer, n'aura rien à recevoir ni à compenser, à raison du risque par lui couru et qui se vérifie ; oui, mais aussi, en considération de cette chance, il n'a pas manqué de porter à un taux plus élevé la prime qu'il eût gagnée en cas d'heureuse navigation : c'est un risque de plus qu'il a fait entrer dans ses calculs et dans son appréciation des risques.

Aussi ce mode d'assurance est-il regardé par tous les docteurs comme légitime (Dumoulin, n°s 93, 97 ; Marquardus, lib. II, chap. XIII, n° 13 ; Roccus, note 4 ; Pothier, n° 178 ; Valin, t. II, p. 64, 67 ; Emérigon, t. I, p. 79) (53).

Ils disent qu'il est usité, qu'il l'est surtout en temps de guerre (Valin, *loc cit.*).

Et ils appellent cette assurance conditionnelle, pour la différencier de l'assurance pure et simple, c'est-à-

---

(53) Et il est aujourd'hui universellement pratiqué sous le nom d'*assurance de la prime des primes*. C'est un point que nous retrouverons et examinerons plus à fond, quand nous arriverons au commentaire des articles 332 et 342.

dire de celle où la prime est due purement et simplement, est dans tous les cas acquise à l'assureur.

Dans ce mode d'assurance en effet, toutes les obligations qui en naissent, tant celle de l'assuré que celle de l'assureur, sont conditionnelles et dépendent de l'évènement, tandis que dans l'assurance ordinaire, celle qui est le plus communément pratiquée, l'obligation seule de l'assureur est subordonnée à une condition, l'engagement de l'assuré étant contracté purement et simplement.

Voyons ce qui en est du contrat de grosse, qui est aussi une assurance.

Les auteurs le déclarent ainsi conditionnel (Targa, chap. XXXIII, note 4 ; Pothier, n°s 3 et 33 ; Emérigon, p. 416 ; Boulay-Paty. t. III, p. 8).

Mais nous avons dit que, dominés par d'anciennes idées et assimilant ce contrat à un prêt ordinaire, ils n'y voyaient d'obligation que de la part du preneur, celle de rembourser la somme reçue du donneur, accrue du change maritime stipulé.

Or cette obligation unique, selon eux, ils la disent conditionnelle, attendu qu'elle est contractée sous la condition : si les effets affectés au donneur arrivent à bon port, en d'autres termes si les objets affectés ne périssent pas en route.

La vérité est (nous le croyons démontré) que, dans ce contrat, le donneur s'oblige aussi ; qu'il s'y oblige, comme assureur, à garantir le cas de perte ou d'avarie,

à en indemniser le preneur assuré, en s'interdisant pour ce cas de réclamer de lui, en tout ou en partie, la somme ou valeur qu'il a reçue par anticipation.

Or cette obligation du donneur est bien évidemment conditionnelle ; sa condition nécessaire est : *s'il y a perte ou dommage de l'objet affecté*, ou, ce qui revient au même, *si cet objet n'arrive pas sain et sauf à sa destination.*

Ainsi, de part et d'autre, dans le contrat de grosse, les obligations seraient contractées sous condition ; et ce contrat rentrerait dans la catégorie des assurances appelées conditionnelles.

Mais nous avons ici, en particulier, une chose à examiner, relativement à l'obligation que contracte le preneur de payer, le cas échéant, à son donneur, un profit ou change maritime en sus du capital à restituer.

Cette obligation est habituellement conditionnelle, puisqu'elle est subordonnée, comme la restitution même du capital, à l'heureuse arrivée des objets affectés.

Et, en cela, elle diffère de celle qu'a l'assuré de payer la prime, qui, ordinairement, est pure et simple, non dépendante de l'évènement.

Je dis *ordinairement*, car nous avons vu que la prime d'assurance pouvait aussi être conditionnelle, n'être promise que sous condition de l'heureuse arrivée; que cela même était admis dans l'usage et dans la doctrine.

Or, la question est de savoir si, à l'inverse, le change maritime ne pourrait pas, par la volonté des parties, de

conditionnel qu'il est communément, devenir pur et simple, c'est-à-dire être dû dans tous les cas, quel que fût l'évènement ?

Emérigon (t. II, p. 545) examine un pacte de ce genre, et voici son hypothèse : Je donne une somme pour l'entier voyage. Je stipule 12 p. 0|0 pour les six premiers mois, et j'ajoute que ces premiers six mois me seront acquis, malgré la perte du navire qui surviendrait plus tard.

L'auteur répond que *s'il est vrai que le change soit un accessoire inséparable du capital, il s'ensuit que le susdit pacte est illicite.* Il ajoute que *cependant le contraire est admis parmi nous*, et pour concilier le prétendu principe avec l'usage qu'il avoue, il se jette dans des distinctions que Boulay-Paty a grandement raison d'appeler plus subtiles que solides (*Confér. sur Emérig.*, p. 528).

Mais cet annotateur tranche lui-même la question, en disant, d'après le principe d'Emérigon, qu'*il est certain qu'un tel pacte est illicite et contre la nature du contrat à la grosse.*

Je crois au contraire qu'un tel pacte n'a rien d'illicite ni de contraire à la nature du contrat, et j'en dirais autant du pacte qui porterait tout simplement que le change serait dans tous les cas acquis au donneur.

Le principe prétendu, que le change est l'accessoire inséparable du capital, ne m'impose nullement ; c'est un débris du vieux système qui assimilait le contrat de

grosse à un prêt ordinaire, où le change n'était p
conséquent que l'intérêt d'un capital prêté.

Tout cela disparaît, quand, allant au fond des chose
on voit dans ce contrat une assurance d'une espè
particulière, dans le donneur un assureur qui fait d
avances, dans le profit maritime une véritable prim
pretium periculi, comme l'a reconnu sans détour Vali
et comme l'ont eux-mêmes avoué en vingt endroi
Pothier et Emérigon.

Or pourquoi, comme la prime ordinaire, la prime
grosse ne pourrait-elle pas être pure et simple, due
tout évènement ?

Si, habituellement, cette prime de grosse est pl
forte que la simple prime d'assurance, un des mot
n'en est-il pas que le donneur risque même de perd
le prix de son risque, s'il n'y a pas heureuse arrivée

Eh bien! accordez-le lui ,que le navire périsse ou qu
arrive ; délivré de ce risque particulier, il modèrera,
réduira le prix de sa garantie, il se contentera d'u
prime moindre.

C'est précisément l'inverse de ce qui arrive quand
prime ordinaire, de pure et simple, devient conditio
nelle ; l'assureur courant un risque de plus, augmen
le taux de sa prime ; ici le donneur, courant un risq
de moins, diminue le taux de la sienne.

Or, en quoi ce dernier pacte blesserait-il, plus q
le premier, l'équité, la loi ou la nature du contrat ? (5

---

(54) Il ne blesse en effet aucune de ces trois choses, et p
conséquent il est très-licite. Mais en fait il est infiniment ra

Quoiqu'il en soit, il ne faut pas confondre l'obligation conditionnelle que renferme le contrat, d'assurance ou de grosse, avec la convention ou le contrat lui-même. L'obligation, son existence ou sa force définitive, dépend bien de la condition ; mais la convention ne dépend et ne peut dépendre que du consentement des parties : dès qu'elle est ainsi formée, elle est parfaite et irrévocable.

Nous aurons, sous d'autres rapports, à revenir sur la condition, en matière d'assurance et de contrat à la grosse. Mais auparavant nous avons à reconnaître dans ces contrats un caractère essentiel, dominant, décisif pour fixer leur nature et leurs règles fondamentales.

On sait que le droit distingue entre les contrats *commutatifs* et les contrats *aléatoires*.

Les premiers sont ceux où ce que donne ou fait chacun des contractants, est regardé comme l'équivalent de ce qu'il reçoit ou de ce qu'on fait pour lui.

Les seconds sont ceux où l'équivalent existe, pour l'une au moins des parties, sinon pour les deux, dans une chance d'avantage ou de perte dépendante d'un événement incertain (cpr. art. 1104 et 1964 Cod. civ.).

D'après ces notions, impossible de classer l'*assurance*

---

ce qui prouve que cette prédominance, dans le contrat à la grosse, de l'assurance sur le prêt, sur laquelle M. Cresp insiste tant, n'est pas tout à fait conforme à l'intention des parties.

et le *contrat de grosse* dans les contrats commutatifs, car impossible de considérer la prime recue par l'assureur ou promise au donneur, comme l'équivalent des sommes qu'il s'oblige de payer à l'assuré ou de ne pas lui redemander.

Cette prime n'est, tout au plus, l'équivalent que de la chance que l'assureur ou donneur consent à courir, chance qui peut lui être contraire aussi bien que favorable, selon l'évènement qui se réalise.

Aussi tout le monde s'est-il accordé à ranger l'assurance parmi les contrats aléatoires (Cod. civ. art. 1964).

Et il n'en pouvait qu'être de même du contrat de grosse, puisqu'il n'est qu'une assurance particulière, et que d'ailleurs on peut le dire plus aléatoire encore que la simple assurance, en ce sens que la prime elle-même y dépend du sort du voyage, tandis que la prime ordinaire en est indépendante. Aussi a-t-il été rangé, sans hésiter, dans la même classe (même art. du Code civil).

Mais nous voici naturellement et, pour ainsi dire, forcément amenés à nous demander : en réalité l'assurance (et j'y comprends le contrat de grosse) est-elle, ou non, autre chose qu'*un jeu de hasard, un pari, une gageure ?*

La réponse à cette question délicate tient aux entrailles mêmes de la matière ; elle est fort importante, elle est décisive, car de là dépendent les vrais principes, les règles fondamentales du contrat, sa moralité et sa légitimité même.

En effet, bien que, par eux-mêmes, les *jeux* et les *gageures*, même fondés sur le pur hasard, puissent ne pas être contraires à l'équité naturelle, néanmoins ces sortes de conventions ont paru entraîner, dans la vie civile, de tels abus et de tels dangers, que tous les législateurs les ont regardés avec défaveur, et en ont défendu ou limité, autant que possible, l'usage.

On a considéré que ces conventions excitaient, chez ceux qui s'y livrent, des penchants immoraux, des passions antisociales, l'avarice, l'égoïsme, l'oisiveté, un désir effrené de gain sans travail.

On a considéré qu'à la différence des autres contrats qui tendent à rapprocher les hommes, à concilier leurs intérêts par des services mutuels, ceux-ci tendent à les diviser, à allumer entre eux la haine et l'envie, à porter tous leurs désirs et leurs efforts à leur malheur et à leur ruine réciproques. (Puffendorf, p. 522, § 4 et 5; Burlamaqui, t. III, p. 295 ; Pothier, *Du jeu*, nos 3 et sq., 54 et sq,; Portalis, Siméon, Duveyrier, *motifs sur le tit. des cont. aléat.)*.

De là, dans tous les temps et par tous les pays, les dispositions des lois contre les périls de ce genre.

Chez les Romains, il existait une sévère prohibition de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, sauf les exercices guerriers tenant à la force ou à l'adresse du corps. Pour ceux-là même, il y avait défense de jouer, en une fois, plus d'un écu d'or. Pour les autres, nulle action en paiement des sommes gagnées ; bien plus, on donnait au perdant le droit de répéter ce qu'il avait

payé, et ce droit pouvait s'exercer, soit par lui, soit par le magistrat de la cité, pendant 50 ans (lois 2 *in fine* et 4 § 2 de *aléat* Dig., et au Code *de aléat* lois 1, 2 et 3). En sorte que, dans cette législation, il ne naissait du jeu ni action civile, ni obligation naturelle.

En Angleterre, nous rencontrons une prohibition non moins sévère des jeux de hasard. Divers statuts refusent toute action au gagnant pour se faire payer; l'action en restitution est même accordée au perdant et, à son défaut, à tout individu qui dénonce le fait (Blackstone, t. v, p. 497 et sq.).

En Prusse, toute action est déniée en justice pour dette de jeu. Le perdant peut même redemander ce qu'il a payé, s'il ne s'agit pas d'un jeu licite (Cod. Pruss. 1re part., tit. II, § 577, 578).

Parmi nous, il existe de nombreuses ordonnances de nos rois qui prohibent les jeux, à l'exception de ceux d'exercice ou d'adresse ; qui déclarent toutes dettes ou promesses pour le jeu, par des majeurs comme par des mineurs, nulles et de nul effet, et déchargées de toutes obligations civiles ou naturelles (Pothier, *ibid.*; Merlin, *Répert.* v° *jeu*, p. 573).

La jurisprudence refusait toute action pour dettes de jeu ; mais, entre majeurs, elle n'autorisait pas la répétition de ce qui avait été payé ; admettant, par conséquent, contre la lettre des Ordonnances, qu'il y avait obligation naturelle (mêmes auteurs).

C'est à peu près cet état de choses qu'a consacré notre Code civil : aucune action n'est accordée, si ce n'est

pour jeux d'adresse ou d'exercice, quand les sommes ne sont pas excessives. Mais, en aucun cas, il n'y a lieu à répétition de ce qui a été volontairement payé par le perdant, à moins qu'il n'y ait eu fraude (art. 1965).

Qu'en a-t-il été, qu'en est-il encore des *gageures* en particulier ?

Et d'abord y a-t-il à distinguer la gageure du jeu proprement dit ?

C'est, au fond, une seule et même chose ; et ceux qui les ont définis l'un et l'autre, n'ont pu en donner que des définitions à peu près semblables ; une convention, promesse ou donation réciproques, subordonnées à un fait affirmé par l'une et nié par l'autre (mêmes auteurs *loc. cit.*, et Troplong, *contr. aléat.*, n° 79).

La différence, s'il y en a, consiste seulement dans certaines formes ; mais la nature, l'essence du pacte est la même.

Ce qu'on appelle *gageure* ou *pari* participe donc de tous les vices du jeu ; il offre pour l'état social les mêmes dangers, et ne mérite pas davantage la faveur et la protection des lois.

Aussi la loi romaine, après avoir excepté de sa prohibition des jeux les actes de force ou d'adresse, ajoutait-elle immédiatement ; *In quibus rebus ex lege Titia et Publicia et Cornelia etiam sponsionem facere licet ; sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet* (l. 3 *de aléat*).

Et notre Code civil a adopté la même assimilation ;

sauf les gageures qui auraient pour objet des actes de force ou d'adresse et qui d'ailleurs ne seraient pas immodérées, il n'accorde pas plus d'action pour le paiement d'un pari que pour une dette de jeu (art. 1965).

Mais, à cet égard, il faut bien reconnaître qu'en fait et même en doctrine, il n'en a pas toujours été, et il n'en est pas partout ainsi.

Malgré leurs dangers et l'animadversion des lois, les gageures ont toujours été très-usitées, très-répandues parmi les hommes, et parmi ceux dont l'état est de spéculer, de trafiquer de toutes choses.

Quand les jurisconsultes y ont porté leur attention, ils en ont trouvé l'usage si général et si bien établi autour d'eux, qu'au lieu de songer à le combattre, ils n'ont cherché qu'à le légitimer (Straccha, *de spons.* part. III, p. 397 et sq.; Santerna, de *assur. et spons.* part. II, p. 799 et sq.; Scaccia de *spons et lud.* p. 14 et sq.; Roccus de *assur.* note 33; Stypmann, *de stipul. nav. et spons* n°s 60 et sq., p. 429; Emérigon, t. I, p. 5, et divers auteurs cités par lui; Merlin, *Répert.* v° *gageure*; Troplong, *contr. aléat.*).

C'est à la loi romaine elle-même qu'ils se sont adressés pour cela. Dans ce vaste arsenal du *pour* et du *contre*, il ont, sur ce point comme sur bien d'autres, recherché et signalé des antinomies, des textes en désaccord plus ou moins apparent (55).

---

(55) Les principaux de ces textes sont, d'une part, la loi 17, § 5, *præscript. verb.*, et d'autre part les lois 63 et 129 *de verb. oblig.*

Nous ne pouvons ici les suivre sur ce terrain et discuter ces argaties.

Quoiqu'il en soit, le penchant naturel des hommes, les goûts enracinés chez certains peuples, et les suffrages de leurs jurisconsultes ont longtemps maintenu et maintiennent encore, en quelques pays, l'usage impuni des gageures.

En France même, sous les anciens principes et jusqu'au Code civil, on a tenu toute gageure pour valable et comme donnant action en justice (sauf le cas de fraude ou de cause illicite), sans même exiger que les parties eussent préalablement déposé leurs gages ou enjeux, ancienne forme consacrée pour ces sortes de pactes.

En Prusse, le même Code qui refuse toute action pour dettes de jeu, accorde l'action judiciaire aux paris, pourvu qu'ils soient faits argent comptant et déposés en mains de tiers (Cod. Pruss. 1re part. tit II, § 579).

L'Angleterre, malgré les défenses et les peines sévères portées contre le jeu, est, comme on le sait, la terre classique des gageures ; elles s'y multiplient sous toutes les formes, et elles y produisent indistinctement une action en justice, nous dit le *Répertoire* de Merlin, qui cite aussi, en ce qui nous concerne, un arrêt de 1777.

En Hollande on a pu également jouer ou parier sur toute chose. Jadis on y a même joué sur les oignons de tulipes, on y a, dit-on, joué depuis sur les dalhias, sur les camélias et autres objets de mode ou d'engouement passager.

Voilà qui est bien loin des principes actuellement en vigueur chez nous.

Notre jurisprudence les a souvent appliqués dans toute leur sévérité.

Elle a atteint et frappé les jeux et les gageures entre commerçants comme entre tous autres individus, sous quelque déguisement qu'on ait voulu les masquer.

Ainsi ont été reconnus et annulés, sous la forme de prétendues *ventes à livrer*, de véritables paris, soit sur sur le cours des rentes ou effets publics, soit sur la hausse ou la baisse de certaines marchandises (dans le Nord, les *eaux-de-vie* ou *trois-six*, dans nos pays les *huiles* ou les *céréales*) ; véritables paris, puisque le prétendu vendeur ne possède ni n'entend se procurer la chose à livrer ; puisque l'acheteur n'entend pas davantage recevoir ni réclamer cette chose ; puisque au fond on est convenu que tout se solderait en *différences pécuniaires* entre le prix du jour du contrat et celui du jour indiqué pour la livraison (56).

(56) Une question de ce genre s'est posée plus récemment encore au sujet des paris pratiqués dans les courses de chevaux ; voy. deux arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 18 juin 1875 et 5 janvier 1877 (*J. M.* 1875, 915, et 1877. 1252). Il est vrai, dans l'espèce de ces deux décisions, que le problème était un peu autre, et qu'il s'y agissait beaucoup moins de l'application des articles 1965 et sq. cod. civ., que de celle de l'article 110 Code pénal, et de la loi du 21 mai 1836 sur les *loteries*. Mais, quoiqu'on ait dit, la

Après ce coup d'œil jeté sur la législation et la jurisprudence, en matière de jeux et de gageures, c'est le cas de nous demander de nouveau et avec plus d'anxiété encore : l'assurance n'est-elle pas ce qu'on appelle une gageure ?

A la question ainsi posée, la réponse ne peut être faite, dans un sens ou dans l'autre, d'une manière absolue : elle sera oui ou non alternativement, selon l'aspect sous lequel nous envisagerons la chose.

Et d'abord, oui, à le bien prendre, l'assurance est une espèce de gageure. Elle en a, non-seulement les apparences, mais certains caractères essentiels.

C'est ce que nous voyons admis par bien de légistes de toutes nations, les uns avec franchise et netteté, les autres avec plus ou moins de détours ou de réserve.

Un des plus anciens docteurs, celui-même qu'on a

---

connexité entre les deux questions est évidente, et les mêmes motifs ont dicté à la fois la disposition pénale et la disposition civile. Il est possible que, dans l'application de la première, il faille user de plus de réserve et apporter plus de scrupules que dans celle de la seconde, par suite du caractère général de la loi criminelle, qui est éminemment une loi de droit strict. Mais, la part faite à cette considération, il n'en reste pas moins que la même pensée se retrouve dans les deux cas ; il n'est pas défendu dès lors d'interpréter ces dispositions les unes par les autres. C'est un point de vue que le rapporteur de l'arrêt de 1875 a très-justement indiqué.

appelé le père da la jurisprudence commerciale, Stracha, a fait un traité *de sponsionibus, des paris ou gageures*, il y comprend l'assurance comme une gageure licite (part. VI, somm. 8, p. 401).

Santerna a embrassé et confondu dans un même traité les assurances et les gageures entre commerçants, *de assecurationibus et sponsionibus mercatorum*.

Un autre plus moderne, Puffendorf, *De jure nat.*, liv. v, chap. 9, traite des contrats *qui aleam continent*; il parle de gageures, jeux, loteries, et il ajoute (§ 8, p. 524): *affinis hisce contractibus est assecuratio, sive contractus periculi avertendi.*

Il dit de l'assurance, avec Grotius (p. 386, n° 23) et Corvinus (*De naufragis* p. 93) : *propria ejus materia est damnum sub ratione incerti*, ce qu'Emérigon (t. I, p. 6) adopte et traduit ainsi : *la perte ou le dommage considérés dans l'incertitude des évènements, sont la matière de ce contrat.*

Parmi les juristes, il en est un, Scaccia, qui, après avoir dit dans le même sens (*De assec.*, n° 131, p. 24) : *hujus contractus et commercii lucrum et damnum dependent a mera sorte et fortuna*, ajoute bien positivement , *hic contractus assecurationis, in substantia et justitia pretii, non differt a contractu sponsionis.*

Emérigon (t. I, p. 14), citant une partie de ce passage, rend la même idée, mais avec plus de timidité, en disant de l'assurance : *c'est ici une espèce de jeu qui exige beaucoup de prudence*, etc. Ailleurs (p. 197) tout en maintenant, pour la règle, qu'assurance et gageure

sont choses différentes, il avoue, non sans embarras, que *dans les polices on trouve quelquefois certains pactes qui participent beaucoup plus de la gageure que de l'assurance proprement dite, et qui cependant ont été autorisés par nos lois.*

Voilà donc déjà les docteurs italiens, allemands et même français, s'accordant pour voir dans l'assurance une espèce de jeu ou de gageure.

Voici à leur tour les Anglais, plus experts ou plus calculateurs que tous autres, en ces sortes de matières. Blackstone (t. III, p. 495) s'exprime ainsi : *Si j'assure un vaisseau pour le Levant et retour à* 5. *p.* 0/0, *la chance sur laquelle je calcule est de* 20 *pour le succès du voyage contre* 1 *pour la perte du navire, et s'il périt, je perd* 100 *livres pour* 5 *que j'ai reçues.*

Et son annotateur Christian dit (p. 467, note 1) : *L'assurance n'est en effet qu'un pari, car celui qui assure à* 5 0/0, *reçoit* 5 *livres pour en rendre* 100, *si certain évènement arrive ; et l'effet est précisément le même que s'il avait parié* 95 *contre cinq, ou* 19 *contre un, que le vaisseau arriverait heureusement, ou que certain évènement n'aurait pas lieu.*

Non-seulement les auteurs de tout temps et de tout pays, mais les législateurs eux-mêmes semblent avoir abondé dans ce sens.

Le Code prussien (1re part. t. II, sect. 7, *des contrats aléatoires*), après avoir nommé comme tels les contrats d'assurances, passe immédiatement aux *loteries publiques et autres jeux de hasard.*

Enfin notre Code civil, tit. des *contrats aléatoires*, cite pour exemples le *contrat d'assurance* et le *prêt à la grosse*, et immédiatement après, il y joint le *jeu* et et le *pari* (art. 1964).

S'il est vrai pourtant, comme nous avons vu tant de gens autorisés le prétendre ou le reconnaître, que l'assurance ne soit qu'un jeu, une gageure, un pari fondé sur le hasard, comment se fait-il que ce contrat ne soit pas tombé sous la même défaveur, sous la même proscription, et que tous les légistes, mêmes les plus timorés, les plus scrupuleux, en aient à l'envi proclamé la moralité et la légitimité? que les législateurs, même ceux qui ont le plus sévèrement traité les uns, non-seulement n'aient point ainsi traité l'assurance, mais l'aient au contraire entourée de toute la protection, de toutes les garanties possibles? qu'enfin, de l'assentiment et par l'impulsion de tous, l'assurance et ses combinaisons se soient introduites partout, aient reçu les applications les plus nombreuses et les plus diverses, aient embrassé toutes choses et couvert tous risques possibles, terrestres comme maritimes?

Voici comment s'expliquent et se concilient des opinions, des lois, des pratiques qui, au premier coup d'œil, peuvent sembler opposées et contradictoires.

C'est que les gageures sont de deux espèces; c'est que l'on peut parier ou spéculer sur une chose casuelle, sur un évènement incertain, de deux manières bien différentes.

Première hypothèse.— Les deux joueurs ou parieurs sont également étrangers à la chose en risque ; ils n'y ont aucun intérêt de propriété ni autre; qu'elle subsiste ou qu'elle périsse, l'évènement,heureux ou malheureux, ne les concerne nullement.

Deuxième hypothèse. — L'un des deux parieurs est propriétaire de la chose en risque, ou il y a tout autre intérêt légitime ; c'est pour son compte, c'est à son préjudice, que cette chose peut périr ou être endommagée: l'évènement le concerne véritablement.

Entre ces deux hypothèses, il y a une différence réelle, profonde, immense.

1° Dans la première, le contrat n'a d'autre matière que le risque que crée le contrat lui-même, car, sans lui, les parties étrangères à la chose qui en est l'objet, ne courraient, à raison de cette chose, aucun risque, aucune chance quelconque.

Dans la seconde, l'une des parties, propriétaire ou intéressé, a déjà la chose à ses risques ; la convention a pour matière ces risques déjà existants : on traite sur ces risques, de manière à en soulager celui sur qui ils pèsent, pour les faire peser sur un autre qui consent à s'en charger.

2° Dans la première hypothèse, que se proposent les parties ? quel est le mobile, la cause de leur engagement respectif ?

C'est ou une vaine et folle émulation, ou un aveugle et violent amour du gain.

Des deux parts, on n'a en vue qu'une chose, le profit

qu'on fera aux dépens de son adversaire, selon que la chance tournera : son propre gain et la perte d'autrui, voilà pour chacun la cause première et le résultat final du traité.

Dans la deuxième hypothèse, l'une des parties, propriétaire ou intéressé, exposée à perdre sa propriété ou son gage, veut se mettre à l'abri de cette perte possible; elle en veut être garantie, et, le cas échéant, en être indemnisée.

Voilà pourquoi elle traite ; voilà pourquoi elle fait une gageure avec un tiers : si elle parie pour la perte de sa chose, c'est en ce sens seulement qu'elle l'appréhende, qu'elle veut se prémunir contre elle, en stipulant qu'on lui remplacera cette chose, c'est-à-dire qu'on lui en comptera la valeur.

8° Dans la première espèce de gageure, celui qui parie pour la perte, n'étant ni propriétaire, ni intéressé, doit faire des vœux pour que la chose périsse en effet ; son espérance est toute dans le malheur, dans la ruine d'autrui. Celui qui parie que la maison d'un tel brûlera, qu'un tel décèdera dans l'année, souhaite actuellement l'incendie et la mort : heureux si l'ardeur du gain s'arrêtait toujours à de simples vœux, s'il n'en résultait jamais d'attentats contre les propriétés ou les personnes!

Dans la deuxième espèce. celui qui parie pour la perte, ne la désire pas, mais la craint au contraire, puisqu'il s'agit de sa propre chose. Quel intérêt aurait-il à souhaiter sa destruction, lorsque la gageure, en lui réussissant, n'aura jamais pour effet que de l'indemniser,

que de le remettre dans la même position où il serait resté, si sa chose n'eût pas été détruite ? La gageure ne peut être pour lui un moyen d'accroître sa fortune, mais seulement de la conserver telle qu'elle est.

Il y a donc une grande différence à faire entre deux sortes de gageures dont l'objet et les caractères sont si différents.

L'une n'a lieu que dans un esprit d'avidité, dans un désir de s'enrichir sans peine aux dépens d'autrui.

L'autre n'a lieu que dans un esprit de conservation ; elle n'est destinée qu'à protéger, qu'à consolider la fortune ou l'existence acquises, le patrimoine ou l'avenir des familles.

L'une est immorale, pernicieuse, anti-sociale dans sa cause et dans ses effets.

L'autre, dans sa cause comme dans ses effets, est morale et salutaire et conforme au but de la société civile.

L'une est une gageure pure et simple.

L'autre est cette espèce de gageure qu'on a appelée *assurance* (57).

Remarquez pourtant que, lorsqu'on dit de l'assurance qu'elle n'est pas une simple gageure, cela n'est rigou-

---

(57) Il n'y a guère à ajouter à ces considérations présentées d'une façon si nette et si attachante, si ce n'est que c'est là en effet le principe qui, sans que le législateur l'ait écrit nulle part,

reusement exact qu'à l'égard de l'assuré, propriétaire ou intéressé à la chose en risque, et pour qui il s'agit, non pas d'acquérir, mais de conserver.

Car l'assureur, de son côté, ne fait-il pas toujours un pari pur et simple ? Etranger à la chose assurée, il n'y a d'autre intérêt que celui qui naît de sa chose même. Pour lui, il ne s'agit nullement de conserver, mais bien d'acquérir, de gagner la prime ; c'est un pur bénéfice qu'il se propose.

Mais ce bénéfice ne ressemble pas à celui des gageures ou jeux de hasard ; il ne se fonde pas sur le malheur ou la ruine d'autrui ; il a sa source dans un sacrifice ordinairement bien modique, que l'assuré fait avec prudence et satisfaction, pour sa sécurité et la conservation de son avoir. Voilà ce qui légitime la simple gageure qu'il fait.

On voit maintenant pourquoi, là même ou les gageures en général sont proscrites comme immorales et pernicieuses, les gageures d'indemnité, de conservation, nommés *assurances*, sont accueillies, pratiquées comme morales et salutaires.

---

domine toute la théorie française de l'assurance, que la loi a respecté jusque dans ses applications les plus excessives (cpr. art. 347), et que finalement il ne faut jamais perdre de vue, pour la solution des questions particulières, sous peine de faire perdre au contrat son caractère de contrat de conservation ou d'indemnité.

De tous les genres d'assurances, l'assurance appliquée aux intérêts commerciaux et aux risques maritimes, est celle qui, par tous pays, a mérité et obtenu le plus de faveur et d'encouragement.

Et il y a, pour cela, un motif du premier ordre. Tels sont naturellement les périls de la navigation, et ces périls se sont tellement accrus par ses progrès mêmes, par l'immensité des distances qu'elle est devenue capable de franchir, que bien peu d'hommes assurément oseraient y exposer les fonds considérables qu'exigent les expéditions de mer, sans l'appui de ces belles et salutaires gageures, qui garantissent aux expéditeurs que, quoi qu'il arrive, ils ne perdront rien et se retrouveront dans la même position.

Grâce au contraire à ces pactes secourables, les périls de la mer sont impunément bravés ; le négociant dont la chose a péri, indemnisé qu'il est, recommence sur de nouveaux frais : les expéditions se multiplient rapidement ; le commerce et la navigation s'élèvent et s'étendent à l'infini.

Il y a donc ici un autre intérêt, un intérêt de plus que dans les autres pactes de ce genre ; il ne s'agit pas seulement, pour les particuliers, de la conservation de leurs choses ; il s'agit de l'avantage de tous, du maintien et du progrès de ce qui intéresse tout le monde, le commerce et la navigation, c'est-à-dire les deux plus fécondes sources de la prospérité des Etats.

L'assurance maritime (y compris l'assurance à la grosse) est donc d'intérêt public ; et c'est un titre de

légitimité qu'elle a de plus que toutes les assurances connues et admises comme légitimes.

Les mêmes motifs d'ordre et d'intérêt publics, qui ont fait admettre et favoriser les assurances maritimes, ont dû faire repousser et proscrire les simples gageures sur le sort des navires et des objets qu'ils transportent.

Ce n'est pas que, dès l'origine, on ait senti cela; au contraire, longtemps parmi négociants, on a pratiqué et cru sans danger les simples paris sur les chances maritimes, aussi bien que sur toute autre espèce de chances; longtemps on a confondu, dans la pratique et dans les livres, ces vains jeux de hasard avec les vraies spéculations commerciales.

Autrefois, les gageures sur l'arrivée ou la perte des navires, auxquels on n'avait aucun intérêt, étaient tolérés, sinon dans toutes, au moins dans la plupart des places de commerce.

Et abusivement, on les appelait aussi *assurances*; depuis, pour les distinguer des véritables, on les a appelées *assurances par forme de gageures, par voie de gageures : per via di scommessa*, disent les Italiens (58).

---

(58) En France (D'Aix, *Statuts de Marseille*, déc. 83, p. 719, Emérigon, t. I, p. 5). — En Italie (Scaccia, Straccha, Roccus, Baldasseroni, Azuni, Valin, t. I, p. 185 et 244, et t. II, p. 139 et 417; Emérigon, *ibid.*, Estrangin, p. 13). — En Angleterre (Valin, t. II, p. 73; Baldasseroni, t. I, p. 282; Blackstone, t. III, p. 464; Vincens, t. III, p. 595 à la note). — En

Mais partout ou presque partout, à mesure qu'on a mieux connu l'importance du commerce, on a fini par sentir le danger de ces gageures.

On a compris qu'elles détournaient le commerce de son vrai but, de ses véritables spéculations ; que ces jeux si vains, si faciles, si attrayants éloignaient les commerçants de consacrer leurs fonds et leurs soins aux expéditions réelles, seules profitables à l'Etat.

Ces jeux d'ailleurs ne compromettaient-ils pas la sûreté de la navigation, cet objet d'un si haut intérêt public ?

Dans la vraie assurance, tout le monde est intéressé à l'heureuse navigation d'un navire : l'assuré qui en est propriétaire ou a sa propriété à bord, l'assureur qui est responsable du dommage et de la perte.

Dans la gageure sur un navire étranger aux deux parties, l'une d'elles ne peut avoir le bénéfice du contrat que par la perte du navire ; elle a tout à perdre à ce qu'il se sauve, tout à gagner à ce qu'il périsse. Et cette perte qu'elle appelle de tous ses vœux, n'arrivera-t-il jamais que l'ardeur du gain l'entraîne à y concourir ? Que de tentations, de perfidies, de crimes possibles ?

Ces motifs, d'un ordre élevé, sont assez puissants pour

Portugal (Pereyra de Castro, cité par Valin *ibid.*, Santerna qui était portugais). — En Hollande, *Règl. d'Amsterdam,* art. 4 ; Emérigon, p. 5). — En Allemagne (Stypmann, cod. pruss. § 1995). *(Note de M. Cresp).*

avoir fait prohiber les gageures sur les navires, même dans les pays et dans les temps où les gageures étaient généralement permises.

En France (on l'a vu), il n'y avait pas de prohibition générale de parier, et la jurisprudence accordait cette faculté, sauf les exceptions de fraude.

Et néanmoins l'Ordonnance de 1681 fit exception pour les matières maritimes ; par l'effet de ses dispositions combinées elle interdit les assurances et les contrats de grosse qui se résoudraient en simples gageures.

Ces mêmes règles ont passé presque textuellement dans le Code de commerce ; et déjà existait dans le Code civil, de plus qu'autrefois, la prohibition générale des gageures, ou, ce qui est la même chose, la dénégation formelle de toute action en justice. Ce qui fit dire à M. Corvetto exposants les motifs de la loi (p. 75) : *Ce ne sera certainement pas en France, et dans une matière de tant d'importance, que la législation naturalisera la fureur du jeu et l'immoralité des paris.*

En Hollande, pays si porté à parier sur tout, la gageure maritime a été fort anciennement prohibée (*Règ[illegible] d'Amsterdam* art. 4).

En Angleterre, pays si justement appelé terre classique des gageures, il résulte de divers documents et l'opinion de divers auteurs que, lorsque l'assurance est reconnue n'être qu'une gageure, il n'est pas de cour de justice qui n'en prononce la nullité (*Statuts de Georges II*, chap. 37, Blackstone, *loc. cit.*; Kuricke, t. I, p. 291 et 398).

En Italie, où nous avons vu les anciens docteurs sur ce point, l'assurance gageure sur navire a été formellement prohibée par le fameux *statut de Gênes* (Casaregis *disc.* 7 et 15 ; Azuni, t. I, p. 162 ; Baldasseroni, t. I, p. 34).

Malheureusement, en Italie même, il n'en a pas été partout ainsi ; et l'on a continué ces sortes de gageures à Naples, à Florence, à Livourne.

Il semble que cela aurait dû enfin cesser par l'introduction en Toscane et à Naples du Code de commerce français.

Néanmoins des auteurs récents nous affirment qu'en Toscane comme à Naples, les assurances-gageures sont encore tolérées et pratiquées.

Elles sont d'ailleurs en usage et tenues pour licites aux Etats-Unis.

En Angleterre même, si elles sont prohibées sur les navires nationaux, elles sont permises et usitées sur navires étrangers.

Mais en résultat, c'est aujourd'hui un principe, sinon universellement, ou moins généralement admis, en législation comme en jurisprudence, que l'assurance n'est pas une gageure, c'est-à-dire, pour mieux s'expliquer, qu'elle n'est et ne peut être une gageure pure et simple, sans intérêt, de part ni d'autre, à la chose qui en fait la matière ou l'objet.

Ce principe fondamental se reproduit, dans ces matières, sous plusieurs formes et sous plusieurs rapports.

Ce n'est en effet au fond que la même proposition, présentée sous une autre forme et sous un autre aspect, que celle qu'on exprime en ces termes :

L'assurance, y compris le contrat de grosse, ne peut être un moyen d'acquérir, c'est essentiellement un moyen de conservation, et non de bénéfice.

Adage pourtant qui n'est vrai qu'appliqué à l'assuré ou au preneur à la grosse ; car, nous l'avons dit, pour l'assureur ou le donneur qui, sans intérêt préalable à la chose, fait un pari pur et simple, il s'agit bien d'acquérir et de bénéficier.

C'est donc avec plus d'exactitude qu'on dit des contrats de ce genre, qu'ils ne peuvent être pour l'assuré ou le preneur un moyen de gagner, de s'enrichir aux dépens d'autrui, mais seulement de conserver, de ne pas perdre, d'être indemnisé d'une perte éprouvée.

Et remarquez que cette règle serait violée, non-seulement si l'assuré stipulait une indemnité pour une chose à laquelle il n'aurait absolument aucun intérêt, mais encore, si ayant intérêt à la chose, il stipulait une indemnité supérieure à la valeur de cette chose, si, par exemple, il faisait assurer pour 3,000 francs ce qui n'en vaudrait que 1,000.

Il y aurait encore dans cette assurance, simple gageure, bénéfice illicite, au moins pour tout ce qui, dans la somme assurée, excèderait son intérêt réel, c'est-à-dire la vraie valeur de la chose.

Et, bien que la gageure ne fût que partielle, bien que

le bénéfice ne portât que sur l'excédant, l'assurance tout entière serait viciée et annulable.

Si donc, *sciemment*, l'assuré exagère la valeur de sa chose et la fait assurer pour la valeur fictive qu'il lui donne, la loi punit cette fraude, en permettant à l'assureur de faire annuler l'assurance ou de la maintenir, selon l'évènement, selon qu'il aura été heureux ou malheureux ; ce choix laissé à l'assureur est la punition de la fraude qu'on a commise à son préjudice.

Telle est la disposition de l'article 357, et nous avons déjà vu une disposition pareille en matière de contrat de grosse (art. 316).

Comme il peut pourtant arriver que l'insuffisance ne provienne que d'une erreur, et que l'assuré ait pu croire qu'une valeur plus forte serait mise en risque, sa bonne foi est prise en considération, et l'assurance est maintenue, mais seulement dans la limite et jusqu'à concurrence de la valeur réelle de l'objet ; pour l'excédant, le contrat est résolu ou, comme on dit, *ristourné*; et pour cet excédant, l'assureur ne reçoit pas de prime, mais une indemnité de demi pour cent (art. 358 correspondant à l'art. 319 du *contrat de grosse*).

Ainsi est toujours respecté le principe que l'assurance, simple ou à la grosse, n'est jamais pour l'assuré un titre lucratif, qu'elle ne peut jamais être pour lui qu'un contrat d'indemnité, comme, d'un seul mot, les auteurs la caractérisent (59).

---

(59) On nous permettra d'insister quelque peu sur le commentaire de ces dispositions importantes, que M. Cresp n'a

C'est encore le même axiome qu'on peut retrouver

---

fait, pour ainsi dire, qu'effleurer en passant, (parce qu'elles ne se rattachaient qu'incidemment à son sujet), et que nous ne retrouverions du reste plus par la suite, sauf en un point particulier, qui sera ci-après indiqué.

La loi distingue donc ici, comme pour le prêt à la grosse, suivant que l'exagération de valeur a été ou non frauduleuse.

I. En ce qui concerne le premier cas, et sur la fraude elle-même, nous n'avons rien à dire, si ce n'est : 1° que, pas plus ici qu'ailleurs cette fraude ne devrait se présumer ; 2° mais qu'elle pourrait être établie par tous les moyens, et cela nonobstant l'estimation donnée dans la police et agréée par l'assureur ; c'est un point sur lequel nous aurons l'occasion de revenir plus tard ; 3° qu'elle résulterait notamment de la disproportion qui se trouverait exister entre cette estimation, ou à défaut, la somme assurée, et la valeur exacte de la chose. En ce sens nous regardons comme mal rendu, un arrêt de la cour d'Aix en date du 10 décembre 1876 *(J. M.* 1877. 1. 203) qui, après avoir constaté en fait une différence de moitié entre l'estimation donnée au navire et la valeur réelle, et avoir admis en conséquence que *l'assurance a été exagérée au point de dégénérer en espérance de bénéfice,* repousse néanmoins la nullité, parce que *la perte n'est pas arrivée dans des circonstances qui ont fait naître des doutes sur les causes de l'évènement.* En vérité, cela importe peu, l'assuré ayant pu escompter d'avance la probabilité d'un sinistre, et l'incertitude naturelle dans laquelle il se trouve relativement aux résultats de son opération, ne pouvant faire disparaître la pensée première qui a présidé au contrat.

sous celui-ci : le risque est de l'essence de l'assurance;

Ce premier ordre d'idées est, je crois, sans difficulté. Il n'en est pas de même du second, celui qui a trait à la nullité prononcée ici par la loi. Tout le monde est d'accord sur ce premier point qu'il ne s'agit ici que d'une nullité relative, établie dans l'unique intérêt de l'assureur. Mais : 1° cette nullité a-t-elle besoin d'être prononcée, ou existe-t-elle de plein droit; 2° laisse-t-elle subsister le droit de l'assureur à la totalité de la prime, ou celui-ci, ne peut-il prétendre, comme dans l'hypothèse suivante, que le demi pour cent de la somme assurée; 3° enfin la somme due, quelle qu'elle soit, continue-t-elle à jouir du privilège de la prime?

Sur ces divers points, il s'est formé, à la suite de Locré, qui semble donner ses idées comme étant celles des rédacteurs du Code de commerce, une doctrine consistant à dire : 1° que la nullité, quoique uniquement écrite dans l'intérêt de l'assureur, n'a pas besoin d'être prononcée, qu'elle existe *de plano;* 2° qu'elle n'en laisse pas moins subsister l'entier droit de celui-ci au paiement de la prime, car, écrite en sa faveur, elle ne saurait d'autre part lui préjudicier; 3° mais que, cette prime n'étant due qu'à titre de dommages-intérêts, elle ne saurait jouir du privilège de la prime ordinaire, celle due en exécution de la convention des parties.

Nous avons bien de la peine à accepter ces diverses solutions. Nous avons vu, en ce qui concerne le contrat à la grosse, que la nullité était relative, en ce sens que le prêteur seul, dans l'intérêt de qui elle avait été écrite, pouvait la demander comme ne pas la demander. mais qu'il fallait dans tous les cas la prononcer (t. II, p. 417). On ne comprend pas pourquoi il en serait

point d'assurance valable, là où il n'y a point de risque.

---

différemment ici, puisque la situation est la même, et que le prêteur joue au contrat le rôle d'un véritable assureur. Il est vrai qu'on a signalé entre les articles 316 et 357 une différence de rédaction ; dans le premier il est dit que l'emprunt, contracté dans les conditions particulières dont s'agit, PEUT ÊTRE DÉCLARÉ NUL *à la demande du prêteur*, etc., tandis qu'ici la disposition porte le contrat d'assurance EST NUL *à l'égard de l'assuré seulement*. Je crois que c'est donner beaucoup de portée à des expressions dont la raison d'être et la signification sont un peu autres ; le législateur, en disposant comme il l'a fait, a voulu trancher certaines difficultés qu'avait fait naître le texte correspondant de l'Ordonnance, qui prononçait la nullité d'une façon absolue, et semblait dès-lors donner aux deux parties le droit d'exciper du vice du contrat. Mais c'est tout, et l'intention du législateur n'a pas été de créer entre les deux cas une distinction qui ne se justifierait ni en logique ni en équité.

La décision admise sur ce premier point doit entraîner forcément celle des deux autres. Si la nullité établie par l'article 357 n'existe pas de plein droit, si elle dépend du parti que prendra l'assureur, il s'ensuit : 1° que, si celui-ci ne la fait pas prononcer (et il n'y aura aucun intérêt dans le cas où le voyage assuré se sera effectué heureusement), le contrat subsistera dans sa validité, l'assureur aura droit à la totalité de la prime, et il jouira incontestablement, quant à ce, du privilége des articles 191 et 320 ; 2° si au contraire la nullité a été provoquée et prononcée, le contrat disparaîtra en son entier et au regard des deux parties ; car on ne comprendrait point qu'une nullité une fois prononcée n'opérât pas *erga omnes*, et qu'on

Pour bien saisir le sens et la portée de cette maxime,

---

scindât en quelque sorte entre les effets de la convention. L'assureur n'aura plus droit ici à la totalité de la prime, mais simplement au demi pour cent, par analogie de la règle de l'article 358, et ce demi pour cent lui sera dû, non plus à titre de prime, mais à titre de dommages-intérêts, ce qui exclut l'application du privilège.

II. Nous arrivons à la seconde hypothèse, celle où, en raison de la bonne foi de l'assuré, le contrat est simplement réduit, c'est-à-dire ramené à la valeur exacte de l'objet mis en risque.

Cette hypothèse ne peut donner lieu à de grandes difficultés, dans le cas prévu par l'article 358, d'une assurance ou d'une police unique; l'unique question qui se pose alors est celle de savoir si l'assuré a été de bonne foi, soit parce qu'il attribuait à sa chose une valeur supérieure à celle qu'elle avait véritablement, soit parce qu'il comptait alimenter la police d'une valeur suffisante; ce point acquis, le ristourne au prorata s'effectue de droit entre les coassureurs, à la condition que la police porte une date unique. M. Cresp a touché plus tard ce point particulier, nous y reviendrons avec lui.

La situation est beaucoup moins nette dans le cas de la double ou triple assurance, qui forme l'objet de la disposition de l'article 359, ou, pour mieux dire, la matière est hérissée de difficultés qui tiennent à ce que cette hypothèse est la plus fréquente dans la pratique, et se produit dans des conditions et circonstances absolument dissemblables; ce qui rend l'adaptation d'une règle unique particulièrement délicate.

Voici, classées par ordre, les diverses questions dont la solution fait doute sur ce point :

il faut d'abord se bien fixer sur la vraie signification du mot *risque* ainsi employé.

1° L'article 359 suppose d'abord, pour son application, que les différents contrats ont été faits *sans fraude*, n'admet, en d'autres termes le ristourne graduel ou successif qu'en cas de bonne foi de l'assuré. Mais on se demande en quoi la fraude avérée ou justifiée de celui-ci changerait la situation, car d'une part, en ce qui concerne les polices complètement alimentées, la fraude n'a pas pu se produire ; et, pour celles qui ne le sont pas, elle n'ajoute rien à l'effet établi par la loi ; c'est, dans un cas comme dans l'autre, la nullité qui s'ensuit.

L'objection n'a cependant rien d'irréfutable. Il est évident en premier lieu qu'entre les polices qui sont complétement alimentées et celles qui ne le sont pas du tout, il y a ou il peut y avoir celles qui n'ont qu'un aliment insuffisant ; c'est, quant à celles-ci, que la fraude pourra produire son effet spécial et entraîner la nullité complète du contrat. Mais il y a plus ; et s'il apparaissait que c'est dans une pensée frauduleuse que l'assuré a ainsi divisé ses risques entre plusieurs polices, à l'effet d'éviter le ristourne total de l'article 357, je pense, conformément à l'opinion exprimée par M. Bédarride (n° 1352), que la nullité absolue de toutes les polices, même de celles alimentées, devrait être prononcée. C'est vainement que l'on prétendrait qu'il ne peut y avoir dol à faire ce qui est licite ou permis par la loi ; le dol peut exister même dans ce cas, et le droit commun contient la confirmation réitérée de cette idée (cpr. entre autres dispositions art. 1167 Cod. civ.). De plus l'article 359 exige pour son application que les différents contrats aient été faits *sans fraude* ; or, ceci ne peut avoir d'intérêt que pour les polices complétement ou incomplétement alimentées ; car, pour celles

Dans le langage de la matière, le mot *risque* s'entend

---

qui ne le sont pas du tout, la fraude ne saurait avoir un effet plus fort que celui qui est indiqué dans la loi ; par conséquent il était inutile de la prévoir.

2° La disposition admet, dans l'hypothèse qu'elle régit, un ristourne successif, en remontant, par ordre de dates, des dernières polices aux premières. Cette question de date peut quelquefois n'être pas très claire, et le moment où l'assurance se réalise n'être pas facile à fixer. Ceci se présente dans l'hypothèse d'une police *flottante* ou *d'abonnement*, c'est-à-dire d'une de ces polices par lesquelles une personne fait assurer toutes les marchandises qu'elle chargera dans un laps de temps déterminé et dans des conditions également déterminées. Si l'assuré est ici le propriétaire lui-même, la date de l'assurance sera incontestablement celle de la police d'abonnement, et les chargements qui auront lieu après coup ne constitueront qu'une application du contrat à un aliment spécifié ; c'est le cas de l'assurance *in quovis*, sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir ci-après. Il en résulte que si un correspondant de l'assuré avait par erreur fait souscrire, quant à cet aliment, une nouvelle police, cette nouvelle police, étant postérieure en date, devrait, par application de l'article 359, être ristournée. La solution est plus délicate lorsque la police d'abonnement émane d'un intermédiaire quelconque, *consignataire, commissionnaire, agent de transport, bailleur de fonds* qui l'a souscrite *pour le compte de qui il appartiendra*. Dans cette hypothèse, il y a plutôt, en ce qui concerne le véritable intéressé, projet d'assurance qu'assurance proprement dite, et le contrat ne se réalisera pour lui qu'à la date du chargement ou de la consignation. Il s'ensuit, en sens

d'une chose qui soit menacée d'un péril, et à laquelle l'assuré soit intéressé.

---

inverse, que si ce véritable intéressé avait, à une époque antérieure au double fait dont il vient d'être parlé, fait souscrire quant à sa chose une assurance à lui personnelle, cette assurance devrait prévaloir sur celle de l'intermédiaire, non-seulement par ce qu'elle aurait été contractée par le véritable ayant-droit, mais parce qu'elle serait forcément antérieure en date ; voyez en ce sens Marseille, 17 juillet 1877 (*J. M.* 1877, 1, 300); consult. aussi Courcy, *op. cit.*, p. 374 et sq.

3° Il convient toutefois d'observer qu'il est indispensable que le véritable intéressé ait, d'une façon expresse ou tacite, agréé cette assurance ainsi pratiquée par l'intermédiaire. On ne doit sans doute pas se montrer difficile sur les conditions ou les formes de cette acceptation ; le jeu si multiple et si varié des opérations commerciales ne le permettrait point. Il suffira le plus souvent que le véritable intéressé ait connu l'assurance, c'est-à-dire ait su que l'intermédiaire était dans l'habitude de faire assurer *pour le compte de qui il appartiendrait* des marchandises dont il avait, à un titre quelconque, la surveillance ou la responsabilité, et qu'il eût contracté avec lui en conséquence ; le seul fait d'avoir traité dans des conditions semblables implique adhésion à l'assurance, volonté de s'en approprier les effets, sous la réserve, bien entendu, des polices personnelles que l'intéressé pourrait avoir souscrites et dont le sort serait réglé, ainsi qu'il a été dit ci-dessus. En dehors de cela, il nous parait bien difficile que le propriétaire soit lié par une assurance contractée à son insu par son correspondant, et qu'en cas d'accident il soit obligé, laissant ses assureurs per-

En moins de mots, on peut dire c'est l'intérêt de

---

sonnels de côté, de recourir contre ceux de l'intermédiaire, qu'il ne connaît pas, dont il n'a pu apprécier la solvabilité, et cela par la seule raison que son contrat serait postérieur au premier. Nous savons que le contraire a été jugé (voy. Bédarride, n° 1342 et les décisions citées par lui), mais les motifs invoqués à l'appui de cette opinion nous touchent fort peu. Nous admettons très-volontiers, ainsi que l'observe le judicieux auteur, *que le commissionnaire qui a fait assurer en l'absence d'instructions positives, doit être considéré comme ayant agi, ainsi que son devoir de* MANDATAIRE *et la prudence le lui prescrivaient, dans l'intérêt de son commettant.* Mais qu'en résulte-t-il ? Qu'à défaut d'assurance spéciale par le propriétaire, celui-ci pourra bénéficier de la première en vertu des principes de la *gestion d'affaire*, et par application de la règle de l'article 1166 du Code civil. Mais s'il y a gestion d'affaire, il n'y a que cela, et sous ce rapport le terme de *mandataire* employé par M. Bédarride est de trop. Le mandat, qui résulte de la commission, n'implique pas forcément de la part du commissionnaire obligation de faire assurer, alors que cette assurance, par les conditions de temps et de lieux dans lesquelles elle a été contractée, par le taux élevé de la prime, par le peu de consistance des assureurs, etc., peut n'être nullement avantageuse au propriétaire. Ceci posé, il s'ensuit que, si le propriétaire a de son côté fait assurer sa chose, la gestion d'affaire n'existe plus, et le véritable intéressé ne peut être rivé à un contrat dont il n'avait nul besoin et dont il ne voulait pas, quoi qu'il arrive, profiter. Cpr. sur ce point les explications intéressantes de M. de Courcy, *Quest. de dr. marit.*, p. 353 et sq.

Dans les observations qui précèdent, nous avons à dessein

l'assuré à une chose et au danger dont elle est susceptible.

---

fait abstraction du cas où l'assurance contractée par le tiers l'aurait été *pour son compte*, pour la sauvegarder de sa créance ou de son droit sur la chose. Ceci se rattache à un autre ordre d'idées et soulève la question de savoir si l'assurance peut être souscrite par un autre que le propriétaire ou le représentant du propriétaire. C'est un point qui reviendra plus tard et sur lequel M. Cresp a écrit une de ses meilleures dissertations.

4° Une réserve analogue devrait être faite au cas où la première police serait atteinte d'un vice qui permettrait aux assureurs d'en demander l'annulation. La police subséquente recouvrant dans cette hypothèse son aliment, rien ne s'opposerait plus à sa validité, et le ristourne n'en pourrait plus dès lors être provoqué. Mais il est évident que cette nullité de la première police, par le seul fait qu'elle intéresse au plus haut degré les seconds assureurs, ne devrait être prononcée qu'en leur présence ou eux dûment appelés ; sinon la décision intervenue sur ce point, tout comme la résolution amiable, n'aurait point quant à eux l'autorité de la chose jugée ou convenue, et ils auraient en principe le droit de se conduire comme si le précédent contrat subsistait dans toute sa force et légalité ; voy. sur les divers aspects de cette question Bédarride, n°s 1344 et sq.

5° Sous ces réserves, il importe peu, pour l'application de l'article 359, que la seconde police soit générale ou spéciale, et elle devrait, même dans cette dernière hypothèse, être ristournée. Lors, en effet, qu'une personne a souscrit une assurance générale pour toutes les marchandises chargées ou à charger dans un délai déterminé, il suffit du chargement effectué dans

Le risque se compose donc d'un triple élément, et il y a défaut de risque de trois manières : 1° si la chose présentée comme en risque n'existe pas, n'est que supposée ; 2° si cette chose existant, n'est réellement exposée à aucun péril ; 3° si la chose existant et courant des dangers, l'assuré n'y a réellement aucun intérêt.

---

les conditions du contrat pour donner vie à l'assurance, et il ne saurait dépendre de cette personne de faire exister ou de ne pas faire exister cette première convention, suivant qu'elle aurait ou non souscrit après coup, quant à ce chargement, une assurance spéciale. Ce serait l'atteinte la plus directe portée au grand principe de l'article 1134 du Code civil, et l'aphorisme *specialia generalibus derogant* n'a rien à faire ici. Ce point est du reste constant, soit en doctrine, soit en jurisprudence.

6° On s'est enfin quelquefois autorisé des termes de l'article 359 pour nier que cette disposition s'appliquât au *navire* aussi bien qu'au *chargement* ; voy. de Courcy, *op. cit.* p. 395 et sq. Mais cette opinion, qui constitue plutôt une critique qu'une véritable interprétation de la loi, est restée jusqu'à présent sans écho, et le contraire a toujours été, soit en doctrine, soit en jurisprudence, admis comme allant de soi. Les motifs sont en effet les mêmes, et la tradition historique est en ce sens ; (cpr. Emérigon et les vieux documents rapportés par lui t. II, p. 161 et sq.). Si donc l'Ordonnance de la marine et le Code de commerce à sa suite n'ont visé dans leur disposition que le chargement, c'est qu'ici l'erreur était beaucoup plus à craindre et devait dans la pratique se produire beaucoup plus fréquemment. Il suffit du reste, pour faire sentir la fausseté du

C'est le risque ainsi défini, qui est déclaré par tous les auteurs essentiel à l'assurance, substantiel à ce contrat, son principal fondement, son unique matière.

D'où il suit que là où, par un motif quelconque, il n'y a point de risque (point de chose en risque à laquelle l'assuré ait intérêt), par cela même le contrat s'évanouit, s'annule par défaut de matière ou d'aliment.

Une assurance ou un contrat de grosse sans risque ne peut pas plus subsister, que ne pourrait subsister la vente, la stipulation, le legs d'une chose qui n'existe pas.

C'est en ce sens que les auteurs ont encore considéré l'assurance et le contrat de grosse comme *conditionnels*.

La condition qu'il y ait un risque, est la condition tacite, légale et nécessaire de ces contrats, à laquelle les parties sont de droit présumées s'être soumises et avoir subordonné leurs obligations réciproques (Pothier *assur.*

---

système contraire, de remarquer que la règle de l'article 357 ne vise pas plus le navire que celle des articles suivants ; en inférerait-on qu'elle ne s'y applique point ? — Ce n'est pas que dans quelques-unes des espèces rapportées par M. de Courcy il n'y ait lieu de faire prévaloir la seconde assurance sur la première ; mais ce n'est pas par suite du défaut d'application de l'article 359 à l'hypothèse, c'est à cause du défaut, soit de qualité, soit de pouvoir de celui qui a fait l'assurance. Cpr. ce que nous avons dit nous-même sur ces divers points t. I., p. 276 et sq., note 58 et p. 348, note 61.

n° 176; *gross.* n° 38 ; Estrangin, p. 8; Emérigon, t. I, p. 10, 12, 309, et t. II, p. 417, 420, etc.; cpr. *présent ouvrage* t. II, p. 218, texte et note 8).

Mais cela est peu conforme à l'exactitude du droit : est-ce proprement une *condition* que ce qui entre dans la substance même d'un contrat ?

En ce sens tous les contrats seraient conditionnels ; car quel est celui d'entre eux qui puisse subsister sans les choses qui sont de son essence ? quel est celui qui ne devienne pas caduc, là où sa matière même vient à défaillir ?

Quoi qu'il en soit, et sans s'arrêter à un purisme peut-être exagéré, admettons et disons, comme d'autres, que le risque est la condition essentielle de toute assurance.

Mais ne faut-il entendre cette condition que d'un risque *futur*, non encore commencé, et surtout non encore accompli au moment où l'assurance est contractée ?

Ou bien faut-il l'entendre même du risque qui, au moment du contrat, existerait déjà, ou même qui serait dejà accompli par la perte ou l'heureuse arrivée de la chose assurée ?

En général et en droit rigoureux, on ne devrait appeler *condition* que ce qui se rapporte à un évènement futur. La doctrine, dans sa pureté, refuse ce nom aux faits déjà existants, déjà accomplis à l'instant où l'on contracte (Cujas, *ad. leg.* 39 *de reb. cred.*; Vinnius,

de verb. oblig.; Pothier, *oblig.*, n°s 202 et sq., et cod. civ., art. 1168).

Mais on s'est écarté de cette rigueur et les lois elles-mêmes ont, comme *conditions*, assimilé aux faits futurs les faits actuels ou même passés, encore ignorés des contractants (60).

On a considéré que, si le fait en lui-même n'est plus incertain, il l'est encore pour les parties dont il n'est pas connu. Pour elles, l'ignorance commune proroge ou remplace l'incertitude ; *le risque putatif équivaut au risque réel*. .

C'est ainsi particulièrement qu'en matière maritime, s'entend la condition du risque ; elle vaut non-seulement pour l'avenir, mais pour le temps actuel et même pour le passé.

Mais, pour valoir ainsi rétroactivement, il faut, plus indispensablement ici qu'ailleurs, que le fait accompli soit encore inconnu ; qu'au lieu et au moment du contrat, l'une et l'autre parties ignorent également que le risque sur lequel on traite a déjà pris cours, ou même s'est déjà éteint par l'évènement heureux ou malheureux du voyage.

---

(60) L'article 1181 Cod. civ. dispose en effet en ce sens : *l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend ou d'un évènement futur et incertain,* ou D'UN ÉVÈNEMENT ACTUELLEMENT ARRIVÉ, MAIS ENCORE INCONNU AUX PARTIES.

C'est alors l'ignorance commune qui seule peut redonner une existence fictive à un risque antérieurement consommé.

Si l'assuré ou l'assureur a su le fait accompli, il n'y a plus de risque putatif, plus de contrat valable (art. 365).

C'est naturellement l'assuré, premier intéressé à la chose, qui, par ses relations et correspondances, pourrait plus aisément être instruit du sort de sa chose, et faire garantir un risque déjà évanoui par la perte de cette chose.

Il est possible pourtant qu'à l'inverse l'assureur sache le risque fini par l'heureuse arrivée, et qu'il profite de l'ignorance de l'assuré pour gagner injustement une prime.

La loi a voulu, autant que possible, prévenir et atteindre la fraude de part et d'autre, et suppléer à la difficulté qu'aurait la partie trompée à en fournir la preuve.

Elle n'a pas exigé la preuve d'une connaissance *positive*, mais seulement la preuve d'une connaissance possible, vraisemblable.

Si l'assuré ou l'assureur a pu savoir, elle présume qu'il a su.

Et sa présomption *juris et de jure*, n'admettant pas d'allégation ni de preuve contraire, existe contre l'une ou l'autre partie, si en comptant trois quarts de myriamètre (une lieue et demie) par heure de l'endroit de l'évènement ou du lieu où la première nouvelle en est

arrivée, elle a pu être portée au lieu du contrat, avant sa signature.

Telle était la décision de l'Ordonnance, et telle est encore celle du Code de commerce (art. 366).

Mais la loi elle-même a affaibli et, pour ainsi dire, annihilé sa présomption, en permettant aux parties de renoncer à s'en prévaloir, au moyen de la clause *sur bonnes ou mauvaises nouvelles* (art. 367), clause généralement usitée et de style dans toutes les polices.

Et la présomption légale est aujourd'hui rendue bien plus illusoire encore, par les étonnants progrès qu'a fait l'art d'abréger les distances ;

Par la rapidité imprévue que la *vapeur* a désormais imprimée aux communications de terre et de mer ;

Par l'*étincelle électrique* qui traversant en un clin d'œil l'Océan lui-même, nous informe instantanément de ce qui arrive à l'autre bout du monde.

Il ne reste donc plus, pour déjouer la fraude, que la ressource de prouver la connaissance positive du fait.

Preuve bien difficile à fournir ; car comment pénétrer dans le secret des correspondances postales ou télégraphiques, qui auraient transmis directement la nouvelle à l'intéressé ?

Heureusement la *doctrine* et la *jurisprudence* ont dispensé de prouver la connaissance personnelle, individuelle.

Si la nouvelle est arrivée sur la place où l'on contracte, n'importe par quelle voie et à qui, y est deve-

nue publique, notoire, généralement connue des commerçants, la partie est censée n'avoir pu ignorer ce que, plus que personne, elle était intéressée à savoir.

La preuve de la notoriété équivaut alors à celle de la connaissance personnelle (61).

Supposons la preuve faite.

Quel sera l'effet, la conséquence de la connaissance prouvée?

Ce sera d'abord la nullité du contrat dolosif, nullité prononcée par l'article 365 sur la seule présomption, à plus forte raison, sur la preuve directe et formelle.

Mais ce n'est pas tout, et l'auteur du dol doit bien à sa victime un dédommagement, (article 368): *En cas de preuve contre l'assuré. celui-ci paie à l'assureur une double prime. En cas de preuve contre l'assureur, celui-ci paie à l'assuré une somme double de la prime reçue.*

---

(61) Ces idées ont reçu une consécration définitive dans la convention même des parties; elles constituent aujourd'hui la disposition des articles 29 (pour les *assurances sur corps*) et 18 (pour les *assurances sur facultés*) de la police unifiée Paris-Marseille. Il y a cependant, et sous ce rapport même, une différence à faire entre les deux espèces d'assurances. L'article 29 n'est, en ce qui concerne les *assurances sur corps*, que la reproduction, la condensation, si l'on veut, des développements ci-dessus. Pour les *assurances sur facultés* au contraire, on permet encore d'insérer dans la police la clause que l'assurance est

Est-ce là tout, et le coupable sera-t-il quitte pour si peu ?

Cela peut sembler suffisant dans un intérêt purement privé. Mais l'intérêt public est ici gravement lésé et mis en péril, par ce genre de fraude, qui détruirait la loyauté et la confiance, dont le commerce a plus particulièrement besoin dans la pratique d'un contrat indispensable à ses opérations.

Aussi toutes les législations se sont-elles accordées à voir dans un tel fait la fraude la plus grave (*atrocior*), à lui donner un caractère criminel, à le regarder et à le punir comme un *délit* ; certains l'ont même qualifié de faux.

---

faite *sur bonnes ou mauvaises nouvelles,* auquel cas la nullité du contrat se trouve subordonnée à la justification que l'assuré avait une connaissance positive de l'évènement, au moment où les accords des parties sont intervenus. On a voulu par là tenir compte de la situation de certains assurés (créanciers, bailleurs de fonds) qui, n'étant pas propriétaires de la chose,n'en étant ni expéditeurs ni destinataires, auraient pu n'être pas instruits directement du sinistre, ne l'avoir appris que par le bruit public, et assez longtemps après que la nouvelle en était arrivée sur la place où ils se trouvaient. Les rédacteurs de la nouvelle formule ont eu seulement le tort de croire qu'il y avait là un retour pur et simple à la règle de l'article 367 Cod. com. Il y a plus que cela dans leur disposition, puisque l'article 367, ainsi que cela se trouve indiqué au texte, n'a jamais empêché qu'on ne se contentât de la simple notoriété, du simple bruit public.

L'ancienne Ordonnance pourtant ne prononçait que la peine de la double prime ; mais tous les commentateurs (Valin, Emérigon) disaient que ce serait-là une peine bien légère, et ne mettaient pas en doute qu'on *pût* poursuivre criminellement l'auteur d'un vol ou d'une friponnerie de ce genre.

Le Code de commerce a été plus explicite, et son article 368, après avoir prononcé la double prime, soit contre l'assuré, soit contre l'assureur, ajoute : *celui d'entre eux contre qui la preuve est faite est poursuivi correctionnellement.*

D'où il suit que le législateur a regardé le fait comme *escroquerie* et a voulu qu'il fut puni comme tel.

Malheureusement une controverse s'est élevée, à raison d'une différence dans la manière dont l'escroquerie a été définie ou caractérisée par la loi pénale de 1791, et le Code pénal de 1810 qui nous régit ; et l'on en a pris texte pour soutenir et décider même, qu'en l'état de ce dernier Code, aucune peine publique n'était applicable au fait dont il s'agit, lequel ne constituait plus qu'une de ces fraudes non punissables, qu'on ne peut atteindre que par les voies civiles (62).

---

(62) La controverse à laquelle M. Cresp fait ici allusion a éclaté à propos d'une assez triste affaire, l'affaire Dromocaïti. En fait, un négociant avait fait souscrire une assurance sur le corps et les facultés d'un navire désigné, après avoir été avisé par dépêche télégraphique de l'échouement de ce navire, et cela

Cette intéressante matière appellerait encore d'autres explications, pour le cas notamment où l'assurance est contractée par commissionnaire, mais comme la solution

---

dans des conditions qui rendaient le sauvetage à peu près impossible.

En l'état, une première question se présentait, celle de savoir si l'on se trouvait ici dans le cas de l'article 368, c'est-à-dire en présence d'une perte véritable et caractérisée de l'objet assuré. Cette question, la cour d'Aix, saisie de la poursuite, la résolut par la négative, et elle se refusa en conséquence à l'application de notre article (14 mars 1857). Nous croyons qu'il y a eu ici un mal jugé en fait, et que les termes de la nouvelle reçue par l'assuré indiquaient, non un échouement simple, mais un échouement avec bris, ce qui est un cas de perte légale, donnant lieu au délaissement (art. 369). Dans le cas contraire, nous aurions partagé absolument les conclusions de la Cour, et la longue argumentation de M. Bédarride en faveur de l'opinion opposée ne nous a nullement convaincu (Bédarride, n° 1396 *bis*). L'article 368 ne doit pas être isolé des dispositions qui précèdent ; or l'idée commune de toutes ces dispositions, c'est *l'extinction absolue du risque*, soit par la perte, soit par l'heureuse arrivée de l'objet assuré. Or, lorsque la chose n'a péri que partiellement, le risque n'est pas éteint, il conserve un aliment, si réduit qu'il soit. Ce n'est donc plus le cas de l'article 368, lequel doit d'autant plus être sévèrement circonscrit dans son application, qu'il est d'ordre pénal. Est-ce à dire que la fraude de l'assuré restera pour cela impunie ? Non, et les articles 348 et 357, qui régissent la situation, fourniront aux assureurs un moyen suffisant pour s'en garantir ou, le cas échéant, s'en faire indemniser. Quant à la criminalité,

est ici moins simple, nous préférons renvoyer à un chapitre spécial, où les règles de la commission d'assurance seront présentées dans leur ensemble.

La condition du risque peut-elle, dans le contrat de grosse, aussi bien que dans l'assurance proprement dite, se rapporter à un fait passé, à un risque déjà accompli, pourvu que l'évènement soit ignoré des parties?

Cette question est subordonnée au point de savoir si

---

elle était ici forcément moindre, et comme il était dans cette voie une limite à laquelle il fallait s'arrêter, cette limite ne pouvait, sous peine de tomber dans l'arbitraire, être mieux placée qu'entre la perte totale d'un côté, et la perte partielle de l'autre.

Ceci dit, étant donné en fait que l'article 368 était applicable, quelle devait être la peine du délit? Nous croyons avec toutes les autorités doctrinales qui se sont prononcées sur la question et l'arrêt de cassation qui a statué définitivement sur l'affaire, que c'est la peine de l'*escroquerie*. Sans doute (et c'est là la raison de douter indiquée par M. Cresp), l'article 405 du Code pénal, à la différence de la loi de 1791, ne se contente pas, pour caractériser le délit, du résultat qui est l'exploitation de la crédulité d'un tiers, et exige en plus que des *manœuvres frauduleuses aient été employées*, visant ainsi, ce semble, quelque chose d'actif, d'apparent, de saisissable enfin. Mais outre qu'il n'est dit nulle part en quoi doivent consister ces manœuvres, (ce qui par conséquent permet l'interprétation la plus large), il y a en l'espèce une raison particulière de l'entendre ainsi, c'est celle fournie par l'article 348 qui, dans notre matière même, met sur le même pied la *réticence* et la *fausse déclaration*, et

un navire déjà parti, si un objet déjà en risque peut ou non servir d'aliment à une convention de grosse?

Et remarquez que cela est étranger aux emprunts qui seraient faits en cours de voyage, dans des échelles ou lieux intermédiaires, et qui auraient eu pour cause les besoins survenus pendant le voyage même, les réparations nécessaires pour atteindre son terme ou sa destination ; ceux-là sont en dehors du point que nous examinons.

Il s'agit uniquement ici des emprunts que l'armateur ou le chargeur contractent après le départ, et qui auraient pour cause réelle ou présumée les frais primitifs de l'expédition, le remboursement des constructeurs ou fournisseurs qui s'y sont employés.

A ce sujet une controverse existait entre Valin et Emérigon et elle s'est continuée entre nos juristes modernes (Pardessus t. III, n° 919 ; Dageville, t. II, p. 535; Alauzet, t. III, p. 240, etc.).

Mais certains de ceux-ci, prenant parti pour Emérigon, se sont étrangement mépris sur le point même qu'il discutait avec Valin. Ils ont supposé qu'entre les

---

en fait deux manifestations distinctes, mais équipollentes entre elles, du dol. La disposition est, il est vrai, d'ordre civil, étrangère par conséquent (ce semble du moins) à la question; la pensée de la loi est évidente néanmoins, et résiste de ce chef à toute distinction; voy. l'arrêt précité de la Cour de cassation du 10 juillet 1857 (*D. P.* 1857, 1, 379), ainsi que l'intéressant rapport qui le précède.

deux anciens auteurs, la question agitée était de savoir si les emprunts contractés par l'armement depuis le départ du navire étaient ou non valables.

La vérité est que l'ancienne divergence ne portait nullement sur la validité de l'emprunt ainsi contracté. Emérigon admettait, tout comme Valin, qu'il était valable en lui-même, entre contractants; ces auteurs n'étaient d'avis différents que sur l'effet du contrat à l'égard des tiers, que relativement à la préférence ou au concours que ces prêteurs après départ réclameraient contre d'autres prêteurs.

Or, si l'on admet avec Valin et ses adhérents, avec Emérigon lui-même (car jusques-là ils étaient parfaitement du même avis), que l'emprunt peut très-valablement être fait depuis le risque commencé, pourquoi n'admettrait-on pas par voie de conséquence, que cet emprunt vaut même après l'évènement accompli, pourvu qu'au moment du contrat les deux parties l'aient également ignoré ?

Pourquoi n'en serait-il pas, à cet égard, de l'assurance de grosse comme de la simple assurance ?

Je ne vois pas de bonne raison pour le décider autrement (63).

---

(63) Cette question ne présente plus aujourd'hui qu'un très mince intérêt, du moins en ce qui concerne les prêts sur corps, par suite de la loi du 10 décembre 1874 sur l'*hypothèque maritime*. Nous ne mettons pas en doute, en effet, qu'un pareil emprunt, quoique fait après le départ du navire, ne tombât

Peu importe d'ailleurs que pour des assurances étrangères à celles qui nous préoccupent, des auteurs aient pu adopter d'autres idées ; qu'à tort ou à raison, appliquant un principe que le Code civil (art. 1601) n'établit qu'en matière de vente. ils enseignent que, quelle que fût la bonne foi des parties, un contrat d'assurance terrestre sur des objets qui auraient cessé d'exister, serait radicalement nul.

Nous ne sommes pas sur ce terrain, encore sans règle légale et livré à la seule spéculation. En matière maritime, tenons certainement pour valable l'assurance dont l'objet ou la condition serait un risque déjà commencé ou même terminé à l'insu des parties, tout comme l'assurance qui porterait véritablement sur un risque à venir.

Mais s'il s'agit d'un risque futur, il peut arriver que

---

sous le coup de l'article 27 de cette loi, c'est-à-dire ne fût privé du privilége qui lui était accordé auparavant par l'article 191, n° 9, du Code de commerce, parce qu'en effet il se réfère à des impenses faites avant le voyage, et qu'il suffirait, étant donnée la solution contraire, de retarder de quelques jours l'emprunt pour restituer au créancier une garantie que la nouvelle loi a voulu, à tort ou à raison, lui retirer. Il s'ensuit donc qu'un pareil contrat est devenu à peu près irréalisable, et l'armateur qui veut emprunter sur son navire n'a plus que la ressource de l'*hypothèque éventuelle* créée et réglementée par l'article 26 de la loi.

jamais il n'existe, que jamais il ne commence et ne prenne cours.

L'assurance, dont ce risque était la condition, pourra-t-elle valoir et sortir à effet ?

Point de doute qu'elle sera nulle ou plutôt caduque, si c'est une force majeure, qui empêche le risque de naître et d'exister. L'inaccomplissement de la condition ne peut être imputé à personne.

Mais que décider, si l'obstacle provient du fait de l'assuré ; si volontairement il renonce à l'expédition préparée, ou aime mieux en entreprendre une autre ; s'il retient dans le port son navire ou sa marchandise assurée, ou, ce qui revient au même, s'il lui donne une destination autre que celle qui était convenue ?

Pourra-t-il encore opposer à son assureur la défaillance de la condition, le défaut du risque qui est son propre ouvrage.

Oui, la loi l'autorise ainsi (art. 349) ; *si le voyage est rompu avant le départ*, MÊME PAR LE FAIT DE L'ASSURÉ, *l'assurance est annulée*. L'assuré en est quitte pour une indemnité du demi pour cent (64).

Cela semble pourtant contraire au droit commun sous un double rapport.

L'article 1170 Code civil porte : *Toute obligation est nulle, si elle est contractée sous condition potestative.*

---

(64) Qui ne lui est même plus demandée aujourd'hui ; les assureurs se contentent d'un dédommagement beaucoup moindre, qui est ordinairement du cinquième de la prime promise.

Et l'article 1178 : *La condition est réputée accomplie, quand c'est le débiteur qui en empêche l'accomplissement.*

Or, d'après cela, de deux choses l'une : ou l'obligation de l'assuré serait toujours nulle dans son principe même, puisque la condition lui serait toujours potestative, ou bien, cet assuré empêchant lui-même la condition de s'accomplir, elle devrait être censée accomplie.

Les auteurs italiens, optant pour cette deuxième conséquence, donnaient effet à l'assurance, droit à la prime, quand l'expédition manquait par le fait de l'assuré.

Mais chez nous l'on n'a jamais admis ni l'une ni l'autre conséquence.

D'abord entre la condition purement casuelle et la condition purement potestative, nous en admettons, comme licite, une autre qui est appelée *condition mixte.*

Exemple qu'on en donne partout, *je vous donnerai tant, si je vais à Paris.*

Or, dans l'assurance, une condition de ce genre est de droit sous-entendue, l'assuré est censé dire : *si je fais telle expédition*, vous aurez telle prime comme mon assureur.

Sans cela, en effet, sans cette latitude réservée aux expéditeurs, ce même contrat où ils cherchent et trouvent un si grand secours, pourrait se retourner contre eux-mêmes et froisser l'intérêt qu'il a pour but de sauvegarder,

Quelle charge, quelle ruine pour le commerce, si on lui rendait strictement obligatoires des opérations qu'il a pu projeter comme favorables, mais que les réflexions ou des circonstances nouvelles lui présenteraient comme désastreuses !

La renonciation a donc dû rester facultative à l'assuré (65).

Cela est parfaitement applicable au contrat de grosse: le preneur renonçant à son expédition et à l'emploi des

---

(65) Une autre question a été agitée au sujet du droit de demi pour cent accordé aux assureurs, et l'on s'est demandé si cette indemnité continuait à être due dans le cas où le voyage aurait été rompu par une cause étrangère à l'assuré. Pothier tenait dans l'ancien droit pour la négative (*contr. d'assur.*, n° 181); le demi pour cent n'était pour lui qu'une forme de dommages-intérêts, laquelle supposait pour son application une faute de l'assuré. Mais son opinion, contraire aux précédents historiques, combattue à cause de cela même par Emérigon (t. II, p. 168 et sq), a été finalement repoussée par les rédacteurs du Code de commerce, ainsi qu'il appert des travaux préparatoires (voy. Locré, t. IV, p. 122 et sq.). — Un tempérament devrait cependant être apporté à cette solution, au cas où le ristourne serait la conséquence d'une *interdiction de commerce* ou d'un *arrêt du gouvernement* survenus avant le départ. Il ne peut se faire, en effet, dans cette hypothèse, que l'assureur soit indemnisé, alors que l'assuré ne l'est point. D'ailleurs ce n'est pas là ce que la loi a appelé la *rupture du voyage*; et la comparaison des articles 252 et 253 d'une part,

deniers prêtés, et le donneur par conséquent ne courant aucun risque, celui-ci ne peut plus prétendre à aucun prix de ce risque.

Le contrat de grosse se convertit, par là même, en un prêt ordinaire, donnant lieu à la restitution de la somme prêtée et au paiement de l'intérêt ordinaire et légal.

Y a-t-il lieu de plus à l'indemnité du demi pour cent?

La loi, au titre général du *contrat de grosse*, n'en dit rien ; et de là on a été porté à conclure qu'il n'y a lieu de l'allouer au prêteur. Mais la jurisprudence commermerciale, assimilant toujours plus les deux contrats et y voyant même motif, étend la disposition de l'un à l'autre (66).

Résumons enfin, en aussi peu de mots que possible, les trois axiomes fondamentaux que nous venons d'expliquer : *Point d'assurance gageure, point d'assurance lucrative, point d'assurance sans risque*, axiomes qui ne signifient au fond qu'une seule et même chose, qui ne sont après tout que l'expression variée d'un principe qui domine et régit la matière.

Tout contrat qualifié *assurance*, auquel ne s'adaptent pas parfaitement ces maximes (ou, ce qui est la même

---

276, 277 et 288 d'une autre éclaire sous ce rapport d'un véritable jour la pensée du législateur. Il n'y a pour lui *rupture* que lorsque l'abandon du voyage provient du fait de l'une des parties intéressées à l'expédition.

(66) Voy. t. II, p. 402; cpr. même volume p. 230, note 25.

chose, l'une d'elles, puisqu'elles rentrent l'une dans l'autre), a été faussement qualifié ; ce n'est pas une *assurance*, c'est une *gageure* pure et simple.

Nous avons donc la pierre de touche de ces sortes de contrats, nous avons un sûr moyen d'éprouver et de reconnaître leur moralité, leur légitimité de quelque nom qu'on les appelle, sous quelque forme qu'on les déguise.

De ces axiomes fondamentaux découlent, comme conséquences nécessaires, toutes les règles que les coutumes, la doctrine et les législations ont établies principalement pour les assurances maritimes, er, par induction et analogie, pour toutes les assurances possibles.

Examiner, approfondir et développer ces diverses règles, serait ici fort peu utile et surtout fort peu intelligible.

Il vaut mieux renvoyer ces explications au moment où l'ordre des matières les amènera de lui-même.

Mais, dès à présent, il y a convenance, utilité, nécessité même, pour comprendre ce qui suivra, de poser et d'éclaircir une règle importante, qui découle bien des caractères déjà reconnus à notre contrat, mais qu'on a voulu rattacher à une autre division des contrats en général.

La loi romaine ou ses interprêtes les ont distingués en *contrats de droit strict (stricti juris)* et *contrats de bonne foi (bonæ fidei).*

Les premiers, dans l'exécution et l'interprétation

desquels il n'était pas permis de s'écarter de la lettre même du contrat.

Les autres, dans l'exécution et l'interprétation desquels on pouvait consulter l'équité et l'intention des parties.

De là la question qu'on s'est faite autrefois et qu'il arrive d'agiter encore, de savoir si l'assurance est un contrat de l'une ou de l'autre espèce.

On a répondu tantôt que c'est un contrat de droit strict, tantôt que c'est un contrat de bonne foi.

Et ce sont les mêmes auteurs qui, alternativement, ont fait ces deux réponses qui semblent contradictoires (Stypmann, Santerna, Casaregis, Marquardus, Pothier, cités par Emérigon, t. I, p. 16 et 17 ; Emérigon, *ibid.*, Baldasseroni, t. I, p. 23 et sq.; Boulay-Paty, t. III, p. 242 et 242).

Pour sauver la contradiction, ces auteurs ont dit qu'à certains égards l'assurance était de droit strict, qu'à certains égards elle était de bonne foi ; c'est-à-dire que, si d'une part il est vrai de dire qu'il faut s'en tenir scrupuleusement aux paroles des polices, que ces paroles forment la loi des parties, qu'elles doivent être entendues littéralement, etc ; d'autre part il est vrai aussi de dire qu'il faut écarter de ce contrat les subtilités du droit pour s'en tenir à l'équité, qui est l'âme du commerce ; que les clauses doivent en être interprétées suivant le style, les coutumes et l'usage du lieu, malgré que la disposition du droit paraisse contraire ; qu'il ne faut pas s'arrêter aux paroles de l'acte, mais considérer l'intention des parties, etc.

Cette double qualité donnée à notre contrat, et les conséquences opposées qu'on en a déduites, n'ont réellement servi qu'à une chose : à fournir aux disputes sans fin du barreau une arme à double tranchant, dont souvent dans la même cause, chaque partie de son côté use et abuse contre son adversaire (67).

Le mieux eût été de renoncer à une division d'actions et de contrats, née du système antique des formules, et depuis longtemps tombée en désuétude, inapplicable au droit moderne.

C'est ce que le Code civil a bien exprimé en disant,

---

(67) Les recueils judiciaires contiennent des exemples curieux de cette double façon d'envisager notre contrat, suivant les besoins de la cause. En voici un entre beaucoup d'autres : une personne fait assurer des *blés* chargés ou à charger sur un navire désigné. Le navire arrive portant des *seigles*. Question de savoir si les seigles sont des blés. Le tribunal de commerce de Marseille dit non, par cette raison que l'assurance étant de droit strict, on ne peut rectifier une erreur de la police (14 déc. 1855). Mais la cour d'Aix infirme, par arrêt du 24 juillet 1857, et décide que les seigles ne sont qu'une variété de blés, d'une qualité un peu inférieure, il est vrai, et qu'ils sont dès lors compris dans les termes de la police; ce qui implique bien d'autre part que l'assurance est un contrat de bonne foi, se prêtant à la plus large interprétation. Cpr. aussi un arrêt plus récent de la même Cour, du 18 juillet 1873, dans lequel les deux propositions indiquées au texte sont reproduites et mises en quelque sorte en regard l'une de l'autre (*J. M.* 33, 1, 364, et 35, 1, 206, et 1874, 1, 58, et *J. P.* 1874, 1225).

de toutes les conventions indistinctement, qu'*elles tiennent lieu de lois aux parties, qu'elles doivent être exécutées de bonne foi* (art. 1134), *qu'elles obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* (art. 1135) ; *qu'on doit ici rechercher quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* (art. 1156).

Il suit de ces dispositions combinées qu'aujourd'hui il n'y a plus lieu de partager les contrats en deux classes distinctes, les uns de droit strict,les autres de bonne foi.

Tous ils sont de droit strict, en ce sens que, quand l'acte est conçu en termes clairs et précis, les parties sont rigoureusement astreintes à cette loi qu'elles se sont faites ; et il n'y a pour le juge rien à interpréter, rien à modifier ou à étendre.

Tous ils sont de bonne foi, en ce sens que si les paroles de l'acte ont quelque chose d'obscur ou d'équivoque, on doit y suppléer par l'équité, l'usage, la nature du contrat, l'intention commune des parties ; voilà ce qui, dans ce cas, est laissé, d'après les circonstances, à la détermination du juge (Merlin, *Répert.* v° *contrat*, p. 81, Toullier, t. VI, p. 341, etc.).

Il en est, il n'en peut pas être autrement du contrat d'assurance.

Et tel est même en définitive le résultat auquel la justesse naturelle de son esprit avait conduit Emérigon: *Si*, disait-il, *les pactes stipulés sont clairs par eux-mêmes,*

et qu'ils ne renferment rien qui soit prohibé par les lois, il n'est pas permis aux juges de s'en écarter ; ce n'est que dans le cas où les conventions des parties ont été rédigées d'une manière obscure et ambigue, que le magistrat a l'autorité de se déterminer par les lumières que l'équité légale, le droit commun, la nature du contrat et les circonstances de la cause peuvent lui suggérer. (Emérigon, *ibid.* p. 17 et p. 55).

Mais il est un autre rapport fort important, sous lequel l'assurance a été aussi qualifiée un contrat de bonne foi.

Et ceci ne concerne plus l'exécution ou l'interprétation du contrat, mais sa naissance, sa formation même.

Sous ce rapport, et dans cette acception vulgaire de mot, tous les contrats peuvent être appelés de *bonne foi*.

En effet il n'est point de traité, de négociation quelconque, où l'égalité et la bonne foi ne doivent présider; où les parties, en contractant, ne se doivent mutuellement franchise et vérité sur ce qui fait l'objet de leurs accords. Il n'en est point d'où le dol et la fraude ne doivent être bannies, et où un consentement surpris soit considéré comme un consentement libre et valable.

Mais ce principe, vrai pour tous les contrats, s'applique-t-il à tous avec la même rigueur, avec la même latitude de sens ?

En général, qu'est-ce que le dol, et quelle est l'espèce de dol capable de vicier le consentement et d'annuler la convention ?

On a appelé dol toute finesse ou artifice employé pour induire ou entretenir dans l'erreur quelqu'un avec qui l'on contracte (L. 1 § 2 *de dol. mal.* Dig., Pothier, *oblig.* n° 28 ; Toullier, t. VI, n° 87, p. 89).

On a distingué un dol *positif* et un dol *négatif* ; le premier, lorsque l'on affirme ou l'on fait entendre des choses contraires à la vérité ; le second, lorsqu'on omet de déclarer, lorsqu'on dissimule ce qu'il importerait à l'autre partie de connaître (même l. 1 § 2, de *dol. mal.*, loi 43 § 2, *de contrah. empt.*, loi 7 § 9, *de pact.*; Toullier, p. 99, note 1, où il cite Barbayrac sur Puffendorf).

On distingue encore le dol *réel* ou *reipsa*, et le dol *personnel*, l'un provenant plus de la chose que de la personne et qui tient plus de la faute ou de l'erreur que du dol ; l'autre, qui implique l'intention, le projet formé de tromper, de surprendre le consentement (L. 36, *de verb. oblig.* Toullier, *ibid.* p. 91) (68).

On a distingué enfin le dol *déterminant*, *qui causam dedit contractui*, celui sans lequel la partie trompée n'eût pu contracté, et le dol *incident* ou *accidentel*, celui où la tromperie porte sur quelque accessoire ou accident du contrat, mais non sur ce qui en fait l'objet, sur sa substance même (Toullier, *ibid.*).

---

(68) Cette classification ne s'est plus maintenue, et le législateur moderne a rattaché à l'*erreur* ce dont le droit romain faisait une variété de dol (cpr. art. 1110 Cod. civ.).

Toutes ces espèces de dol étaient également réprouvées par la loi romaine, dans le for extérieur comme dans le for intérieur.

Et, en effet, elles sont également condamnées par ces principes d'éternelle justice, qui veulent que nul ne tire profit de l'erreur d'autrui, et qui commandent l'égalité dans toute négociation intéressée.

Un homme,à la fois grand orateur, moraliste et jurisconsulte a, dans un de ses immortels traités, examiné la question si le commerçant, arrivant avec un chargement de blé dans une ville affamée, était tenu d'annoncer à ses acheteurs que d'autres navires chargés de grains allaient bientôt arriver aussi, ou s'il pouvait, en taisant cette circonstance, obtenir d'eux le prix excessif du moment (Ciceron, *de off.* lib. III, chap. 12 et sq.).

Ciceron balance les raisons pour et contre, mais l'opinion qu'il paraît adopter est celle qui condamne le silence gardé par le marchand.

Cette solution a semblé outrée, même dans le for de la conscience, aux jurisconsultes et notamment à Pothier, bien qu'il soit peut-être le plus consciencieux, le plus timoré de tous (*De la vente*, n° 242, t. II, p. 108).

Le motif de Pothier est que la réticence porte sur une circonstance extrinsèque à l'objet vendu.

Toutefois Pothier et son école conviennent que la conscience et la morale condamnent tout ce qui s'écarte tant soit peu de la sincérité la plus exacte et la plus scrupuleuse ; qu'elles commandent, non-seulement de

ne rien déclarer ni faire entendre de contraire à la vérité, mais encore de ne rien dissimuler de ce qui concerne la chose, soit intrinsèquement, soit extrinsèquement (Pothier, *oblig.* n° 30, *vente* n°s 237 et sq.).

Mais, dans le for extérieur, ils n'admettent pas cette rigidité : ils disent qu'il y a des injustices morales qui échappent à l'action des lois et à la répression des tribunaux ; que, si, comme cause de nullité, on assimilait le dol négatif au dol positif, il y aurait à annuler un trop grand nombre de conventions, ce qui multiplierait les procès et troublerait le commerce, dont l'intérêt s'oppose à ce que les parties soient facilement admises à revenir contre les marchés conclus ; qu'enfin ces parties ont à s'imputer de ne pas s'être mieux informées (Pothier, *ibid.)* ;

Qu'en conséquence, il n'y a de vrai dol, capable d'annuler les conventions, que celui qui consiste dans quelque chose d'actif, dans des faits, dans des manœuvres, dans des déclarations positives, qui ont eu pour but et pour résultat de surprendre le consentement, et sans lequel la partie trompée n'aurait pas contracté ; qu'en un mot le dol doit être tout à la fois *positif, intentionnel et déterminant.* Tout autre dol peut donner lieu à dommages-intérêts, mais non à la rescision du contrat (tous les auteurs précités ; cpr. en plus art. 1116 Cod. civ.).

Voilà pour les contrats en général.

Mais n'y a-t-il pas certains contrats qui, par leur na-

ture même, commandent plus de sévérité contre le dol, quelle qu'en soit l'espèce ?

Oui, et ce sont les *contrats aléatoires*.

C'est là surtout qu'il est prohibé de s'enrichir aux dépens d'autrui, et que l'égalité entre contractants est plus impérieusement exigée.

L'incertitude d'un évènement, les risques qui en résultent pour les parties, y forment la matière, y sont la substance même de la négociation.

Il faut donc que, relativement à cet évènement et à ses risques, chacun des contractants soit également instruit, que l'un n'en ignore rien de ce que l'autre peut savoir ; il faut que toutes les chances en soient également connues ou également ignorées.

Là il ne peut suffire, pour être de bonne foi, de ne rien déclarer de faux, il faut de plus ne rien déguiser, ne rien céler, ne rien taire de ce qui est, de ce qu'on sait exister. Là garder le silence, c'est mentir.

Que, pour toute convention aléatoire, le dol consiste dans la réticence comme dans le mensonge, c'est un principe généralement admis et appliqué (Pardessus, t. I, p. 253, n° 153 ; Dalloz, v° *oblig.* n° 5).

Ainsi, pour ces contrats, se trouve à cet égard maintenue la pureté de la doctrine romaine.

Or, de tous les contrats de ce genre, l'*assurance* est celui auquel cette doctrine est le plus rigoureusement applicable.

Son essence même est la bonne foi la plus entière, la plus scrupuleuse : tout ce qui en dévie le moins du

monde, l'altère et la détruit dans sa propre substance.

De là vient que nos auteurs disent que c'est un contrat essentiellement, éminemment de bonne foi (Emérigon, t. II, p. 163 ; Boulay-Paty sur Emérig. t. I, p. 19); que, dans les lois mêmes de ce contrat, ils posent en première ligne l'obligation de la bonne foi de la part de tous ceux qui y concourent (Casaregis, *disc.* I, n° 1 ; Baldasseroni, *préf.*, p. 2, n° 4) ; qu'ils exigent que la plus parfaite égalité règne entre les contractants, que le sort des assureurs et des assurés soit absolument le même à l'actif et au passif (Emérigon, t. I, p. 18; Valin, t. II, p. 38).

Et c'est toute brèche à cette règle, tout dol plus ou moins caractérisé, qu'il soit plus ou moins actif ou négatif, qui vicie l'assurance, détruit le consentement et annule le contrat.

Ainsi l'entendent et le déclarent les légistes et les législateurs eux-mêmes, à quelque nation qu'ils appartiennent.

Dolus enim semper vitiat assecurationem, ont dit dès longtemps les docteurs d'outre-Rhin; principe que notre Emérigon s'approprie et expose en ces termes (t. I, p. 17, et t. II, p. 163) : *Tout dol vicie l'assurance. Si l'une des parties a usé de dol et d'artifice, la moindre peine qu'elle doive encourir, c'est que l'assurance soit déclarée nulle à son égard. On est coupable de dol, non-seulement lorsque l'on affirme ou l'on fait entendre des faits contraires à la vérité, mais*

encore lorsqu'on dissimule des faits graves qu'il eût importé à l'autre de connaître. Les règles qu'établit Ciceron, au sujet du vaisseau chargé de blé qui, suivi de plusieurs autres, arrive le premier dans un port affamé, retrouvent leur application au contrat d'assurance. L'assureur doit savoir autant que l'assuré et vice versa.

Les Italiens n'ont pas, au moins en théorie, des maximes différentes. Baldasseroni (t. I, p. 2) dit : *Dans ces négociations, il n'est permis à personne de dévier de la bonne foi, ni directement, ni indirectement, ni en quelque manière que ce soit (o dirittamente, o indirettamente, o per qualunque mezzo)*; et p. 24 : *Tout soupçon de dol ou de fraude (qualunque sospetto di dolo e di fraude) suffit pour annuler le contrat.*

Les Anglais eux-mêmes, malgré leur propension à s'affranchir des idées communes, ne tiennent pas dans leurs lois un autre langage. Blackstone (t. III, p. 468) : *Comme les assurances sont des contrats dont la véritable essence consiste en l'observation de la bonne foi, de l'intégrité la plus pure, elles sont annulées par la moindre apparence de fraude ou de déguisement et d'artifice.* Et Christian, *ibid.* à la note : *Le contrat d'assurance repose sur les principes les plus purs de la morale et de la justice. Il est donc nécessaire que les parties contractantes aient une connaissance parfaitement égale de toutes les circonstances matérielles relatives à la chose assurée. Si, de l'un des côtés, on en impose sur les faits, s'il y a* ALLEGATIO FALSI, *ou dis-*

simulation, SUPPRESSIO VERI, *de manière à affecter, à quelque degré que ce soit, les termes de l'engagement ou la prime, le contrat est frauduleux et absolument nul.*

Ces principes ont, en divers pays, reçu la sanction des lois anciennes ou modernes, dont il serait ici trop long de citer les textes.

Venons-en à notre Code de commerce, copié sur ce point par tous les codes étrangers qu'on a promulgués depuis.

Notre Code donc, dans son article 348, statue ainsi : *Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminuerait l'opinion du risque ou en changerait le sujet, annulent l'assurance.*

M. Corvetto (*motifs*, p. 78) observe que la disposition est nouvelle, mais qu'elle est moins une addition à l'Ordonnance, qu'un sommaire des principes qu'elle avait consacrés.

Convenons pourtant que, si les principes et les conséquences, tels qu'ils sont tracés dans le Code, étaient déjà dans l'Ordonnance, ce n'était que d'une manière bien indirecte et bien enveloppée.

Les démêler et les saisir dans ses dispositions, n'était pas chose si simple et si facile ; et la preuve en est que, loin d'être uniforme, la doctrine ancienne a montré des variations, des hésitations sur ce point.

Ainsi Pothier, malgré sa sagacité, n'a pas eu, il s'en

faut bien, quoi qu'en ait dit Emérigon qui l'avait mal lu ou mal compris, la même opinion que lui sur les caractères et les suites de la réticence en cette matière.

Pothier dit bien (*assur.* n° 196) que *la bonne foi qui doit régner dans l'assurance, oblige chacun des contractants de ne rien dissimuler à l'autre, de ce qu'il sait sur les choses qui font la matière du contrat; car cette dissimulation est un dol.*

Mais il n'entend cela de l'*assurance*, que comme il l'entend de tout autre contrat, même non aléatoire, de la *vente* par exemple, et il renvoie à son traité de ce contrat.

Aux numéros suivants, il dit formellement que cette espèce de dissimulation *n'oblige guère que dans le for intérieur* ; et il examine à quoi, *dans ce for*, est obligé, soit l'assureur, soit l'assuré qui a dissimulé quelque circonstance du risque.

Et enfin, au n° 199, il dit qu'il en est autrement de l'obligation pour chaque partie de ne ne pas induire l'autre en erreur par de fausses déclarations ; *celle-ci concerne le for extérieur.*

Emérigon (t. II, p. 163), tout en se méprenant sur ce que cette doctrine a de contraire au principe qu'il soutient lui-même, la combat vigoureusement par des exemples puisés dans la jurisprudence : il établit au contraire qu'il n'y a point de différence sur ce point entre le for intérieur et le for extérieur, et prend occasion de là pour tancer le jésuite Lessius qui, dans son traite *de justitia et jure*, enseigne qu'un assureur peut,

pour profiter d'une prime avantageuse. dissimuler des faits connus de lui seul, attendu que si ces faits diminuent le péril, ils n'en diminuent pas la croyance commune. Emérigon traite cela de scandaleux, et il dit que, d'après ce principe, le commerce des assurances ne serait qu'un brigandage.

Qu'en pensait Valin, le grand commentateur, émule de notre Emérigon ?

Il se gardait bien de l'erreur commise par Pothier, il mettait bien la réticence sur la même ligne que la fausse déclaration, mais il biaisait sur les conséquences que l'un et l'autre devaient entraîner.

Ainsi (t. II, p. 50 et sq.) il établit que l'assureur doit déclarer dans la police tout ce qui tend à augmenter le risque, et que sa déclaration doit être conforme à la vérité, *sous peine*, dit-il, *de la nullité de l'assurance, suivant les circonstances* ; ajoutant que le moins qui en arriverait, si l'assurance n'était pas déclarée nulle absolument, *ce serait d'assujétir l'assuré à une augmentation de prime proportionnée au risque qu'il aurait fait courir de plus à l'assureur.*

L'auteur hésite donc, pour le cas de réticence comme de fausse déclaration, entre l'annulation du contrat et un surcroit de prime qu'offrirait l'assuré ou qu'ordonnerait le juge.

Mais ce tempérament qui maintient le contrat, au moyen d'un supplément de prime, est combattu avec force par Emérigon. *C'est là*, dit-il, *un triste présent qu'on ferait à des assureurs obligés de payer la perte.*

En aucun cas d'ailleurs, on ne pourrait sans tyrannie les forcer à s'en contenter. La chose ne reçoit point de milieu, il faut ou anéantir le contrat, ou le laisser subsister tel qu'il est (t. I, p. 66 et sq.).

Et voici les motifs qu'il donne pour l'annulation : *L'assureur est fondé à dire qu'il n'aurait pas signé la police, s'il eût été instruit des circonstances essentielles qui lui ont été dissimulées. Son intention avait été de se soumettre aux seuls risques dont il s'était rendu responsable. Il a été trompé : cela suffit pour que le contrat soit nul (ibid.* p. 19).

Motifs que M. Corvetto a ainsi reproduits et délayés pour justifier l'article nouveau du Code : *L'assureur a le droit de connaître toute l'étendue du risque dont on lui propose de se charger* ; *lui dissimuler quelque circonstance qui pourrait changer le sujet de ce risque, ou en diminuer l'opinion, ce serait lui faire supporter des chances dont il ne voulait peut-être pas se charger, dont il ne se chargerait qu'à des conditions différentes* ; *ce serait, en un mot, le tromper. — Dès lors, le consentement réciproque, qui seul peut animer un contrat, viendrait à manquer. Le consentement de l'assuré se porterait sur son objet, et celui de l'assureur sur un autre; les deux volontés, marchant dans un sens divergent, ne se rencontreraient pas ; et il n'y a cependant que la réunion de ces volontés qui puisse constituer le contrat.*

Remarque. L'article 348 ne signale, comme annu-

lant l'assurance, que la réticence ou fausse déclaration *de la part de l'assuré*, et l'orateur du gouvernement (M. Corvetto) n'en parle également que dans ce sens.

Est-ce à dire que la dissimulation, *de la part de l'assureur*, ne fût pas également blamable, et ne dût pas produire les mêmes effets ?

Cela serait contraire à toute raison et à toute justice. Le sort des parties doit être le même ; elles doivent en savoir autant l'une que l'autre sur le risque et ses circonstances. Il y a identité de motifs, pour exiger des deux parts même bonne foi, même loyauté ; et c'est d'ailleurs ce que les doctrines et les textes s'accordent à commander.

Pourquoi donc ici n'a-t-on parlé que de l'assuré ? C'est qu'en fait il est rare et difficile que des assureurs puissent, en contractant, commettre des fraudes, tromper leurs assurés.

Et cela tient à la manière dont les parties traitent et contractent.

C'est l'assuré qui propose et spécifie le risque à l'assureur : le risque de sa propre chose dont il a intérêt à connaître toutes les circonstances. L'assureur, étranger à tout cela, ne connait la chose, le risque et tout ce qui s'y rattache, que par ce que lui en dit l'assuré. Pressé de consentir et de signer, il doit forcément se fier à des déclarations dont il n'a ni le temps, ni les moyens de vérifier l'exactitude.

Par la position même des parties, c'est donc l'assuré

seul qui traite en pleine connaissance de cause ; c'est donc à lui principalement qu'on a dû faire une sévère obligation de franchise et de bonne foi, une sévère prohibition de toute feinte, de toute surprise (Estrangin sur Pothier, p. 286).

Et dans le fait, tous les cas que nous offre la jurisprudence (et ils sont malheureusement trop nombreux) se rapportent à des actes de l'assuré, donnant aux assureurs l'exception de réticence ou de fausse déclaration. On n'y trouverait peut-être pas un seul exemple d'assurance annulée par réticence ou fraude de l'assureur.

Néanmoins la chose n'est pas absolument impossible. Les auteurs en prévoient la possibilité. Tel serait le cas où l'assureur, sachant que la paix vient d'être signée, recevrait de l'assuré encore ignorant de ce fait, une prime basée sur l'état de guerre. Tel encore le cas où, au moment de la signature, l'assureur saurait qu'une partie du risque est consommée par l'entrée du navire dans un port intermédiaire (Estrangin, p. 469).

Si ces cas se vérifiaient, nul doute que l'assurance ne dût être annulée comme frauduleuse.

Maintenant, il peut se faire que l'un des contractants omette de déclarer un fait essentiel, sans intention de nuire, sans dessein de tromper l'autre partie ; mais par simple inattention, négligence ou erreur de sa part ; l'assurance pourra-t-elle, là encore, être annulée comme frauduleuse ?

Il est vrai que, dans les idées modernes et d'après les notions communes, ce qui caractérise le dol, c'est l'intention de tromper, de léser autrui ; sans cette intention, il n'y a point de dol proprement dit.

Mais nous avons vu que la loi romaine avait fait de l'omission non intentionnelle une espèce de dol, appelé *dol réel, re ipsa*, comme provenant plus de la chose que de la personne.

Or, en matière d'assurance, la rigueur va encore jusque-là ; c'est tout dol, toute espèce de dol qui vicie le contrat.

L'assurance est nulle, si l'assuré a omis, MÊME PAR INADVERTANCE, *de déclarer quelque circonstance essentielle* (Emérigon, t. I, p. 18).

Estrangin sur l'article 348, p. 289 : *Il n'est pas même nécessaire, pour l'application de cette règle, de prouver qu'il y a eu intention de frauder ; il suffit qu'il y ait eu* dolus rei ipsa. *Si l'assuré n'a pas fait connaître quelque circonstance essentielle qu'il ne devait pas ignorer, que ce soit par dol,* OUBLI OU NÉGLIGENCE, *il n'est pas moins dans son tort, et il doit en supporter la peine par l'annulation du contrat.*

Pardessus (t. III, p. 474) : *La nature du contrat ne permet même pas qu'on distingue entre le dol* ET L'ERREUR SANS MAUVAISE FOI.

Delvincourt (t. II, p. 376, note 5) parle de toute réticence, *même non frauduleuse* (69).

---

(69) *Adde* Alauzet, *op. cit.*, n° 1435, Caumont, n° 435, de Courcy, *quest de dr. marit.*, p. 301 et sq. On pourrait même

Bien moins encore, s'il s'agit de fausse déclaration, y a-t-il à distinguer entre celle qui est faite pour frauder et celle qui est le fruit d'une erreur. Car c'est la règle du droit commun, qu'à cet égard il n'y a pas de distinction à faire. Dans tout contrat intéressé, on est tenu, si ce qu'on a dit, même sans mauvaise foi, ne se trouve pas véritable, et a induit l'autre partie en erreur : *debet præstare rem ita esse ut affirmavit* (Pothier, n° 185 *in fine*, Delvincourt, *ibid*) (70).

---

ajouter, comme dernier motif et pour répondre à l'objection signalée plus haut que la loi n'admet plus aujourd'hui le *dolus re ipsa*, que l'assuré, en taisant même involontairement une circonstance essentielle du risque, a déterminé chez l'assureur une *erreur sur la subtance* de nature à entraîner la nullité du contrat, par application de l'article 1110 du Code civil. Aussi cette solution n'a-t-elle jamais souffert la moindre difficulté en jurisprudence ; tout ce que l'assuré a pu opposer dans ce cas, c'est que la chose était de peu d'importance, qu'elle n'avait eu aucune influence sur l'opinion que l'assureur avait pu se faire du risque. Mais une fois ce dernier point démontré, la nullité a toujours été considérée comme allant de soi ; voy. entre autres décisions Aix, 13 août 1829 ; Bordeaux, 7 avril 1835 ; Aix, 6 déc. 1848 ; Marseille, 20 mars 1849 et 12 mars 1852 ; Aix, 29 janv. 1857 (*J. M.*, 10, 1, 307, 15, 2, 164, 27, 1, 237, 29, 1, 7, 31, 165, 35, 1, 31).

(70) Ceci a été encore moins controversé, car le plus souvent il y a dans ce cas une faute à imputer à l'assuré, pour avoir déclaré ce dont il n'était pas sûr ; *adde* en ce sens Bédarride, n° 1217 ; Caumont, n° 451 ; Nantes, 12 juillet 1862 ; Aix, 4 déc. 1873 (*J. M.*, 1863, 2, 40, 1874, 1, 129).

Nous avons vu que l'assuré ne pourrait, en offrant un surcroît de prime, échapper à la nullité encourue pour réticence, même non intentionnelle.

Pourrait-il davantage y échapper, en disant à l'assureur qui, sur ce motif, demanderait l'annulation : je conviens que la circonstance omise, non déclarée, est une aggravation du risque. Eh ! bien ! qu'à cela ne tienne ; mettons à l'écart cette circonstance aggravante; retranchons-là du risque, qui ainsi restera pour vous tel que vous avez entendu le souscrire. C'est moi seul qui courrait les chances du fait qu'on vous a dissimulé ; quant à vous, vous n'en aurez pas d'autres que celles que vous avez eues en vue, que celles que la police même a mises à votre charge. Dès lors, quel intérêt avez-vous à la nullité ?

Cela semble spécieux, surtout dans la bouche d'un assuré à qui l'on ne pourrait imputer qu'une simple négligence.

Et néanmoins ce langage et cette offre devraient être repoussés.

Ils le devraient par les mêmes motifs qui repoussent l'offre d'un surcroît de prime. Toujours l'assureur est en droit de dire : si j'eusse connu telle circonstance, je n'eusse pas voulu signer ; mon consentement n'a porté que sur tel objet, entouré de telles circonstances. Dès qu'il n'y a pas identité d'objet et de risque, le consentement ne peut subsister (Emérigon, t. I, p. 19, Pardessus, t. III, p. 474).

Mais encore un coup, quel intérêt est le sien ? Voici

l'excellente réponse que fournit à ce sujet Emérigon : *En vain on consentirait qu'il* (l'assureur) *ne fût tenu aux risques que relativement à la police par lui souscrite ; il n'en serait pas moins recevable à requérir la nullité de l'assurance,* PARCE QUE SUR MER LE DANGER QU'ON VEUT ÉVITER EN OCCASIONNE SOUVENT MILLE AUTRES (*ibid.*)

Mais, après l'événement, s'il est certain que le fait dissimulé ou faussement déclaré n'a influé en rien sur le dommage ou la perte de l'objet assuré, l'assureur pourra-t-il néanmoins s'en prévaloir encore, pour se soustraire au paiement ?

Exemple. L'Angleterre, je suppose, est en guerre avec les Etats-Unis, et ces puissances, suivant l'ancien droit des gens, capturent en mer leurs propriétés respectives.

Je charge des effets appartenant à un américain, sujet de l'Union, sans déclarer à mes assureurs cette nationalité qui aggrave le risque.

Le navire sort et suit la route ordinaire, sans rencontrer le pavillon ennemi.

Une tempête survient et le fait périr.

La nationalité dissimulée n'est pour rien dans sa perte. Néanmoins mes assureurs pourront-ils invoquer la nullité et se dispenser de payer ?

Oui, jusque-là doit s'étendre la conséquence rigoureuse, mais juridique du principe posé.

Ce n'est pas son influence effective sur l'événement,

mais l'influence qu'il a eue sur l'opinion du risque, qui est à considérer pour savoir si le fait dissimulé doit emporter nullité. Ce qui est nul dans son principe, ne peut, quoi qu'il arrive, revivre, redevenir valable.

C'est la décision expresse de l'article 348, 2[e] alinéa : *l'assurance est nulle*, y est-il dit, *même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré*. Disposition qui, selon M. Corvetto, découlait nécessairement de la première. *Car*, ajoute-il, *le contrat n'ayant pas existé, aucune conséquence, aucun effet n'ont pu en résulter. Dès lors, il est indifférent, à l'égard de l'assureur, que le navire périsse ou ne périsse pas, ou qu'il périsse par une chance sur laquelle la réticence ou la fausse déclaration n'aurait pas influé : l'assureur serait toujours autorisé à répondre qu'il a assuré un tel risque, et que ce risque n'a pas existé.*

Cette conséquence n'a pas été regardée par tout le monde comme aussi nécessaire qu'on le prétend. Certains l'ont jugée comme, sinon inexacte, au moins rigoureuse. Estrangin dit qu'elle n'était pas sans difficulté (p. 270), et Vincens la trouve à certains égards excessive (t. III, p. 205).

Quoi qu'il en soit, remarquez que l'assureur reste maître de demander ou de ne pas demander l'annulation selon l'événement, heureux ou malheureux.

S'il y a sinistre, il la demandera sans aucun doute, pour échapper au paiement.

S'il y a heureuse arrivée, son intérêt sera de laisser subsister l'assurance, pour recevoir la prime.

Et l'assuré ne pourra la lui refuser, en excipant lui-même de la nullité du contrat.

Le droit d'argumenter d'un dol ou d'une faute, ne peut appartenir qu'à celui qui en est la victime ; jamais celui qui en est l'auteur ne peut exciper de son propre fait. Admettre le contraire, ce serait favoriser la fraude ou la négligence, au lieu de la punir.

Bien que l'article 348 ne s'en soit pas expliqué, il faut donc tenir pour certain qu'il ne prononce la nullité que contre l'auteur de la réticence ou de la fausse déclaration, qu'au profit de celui qui, par l'une ou par l'autre, a été induit en erreur : si celui-ci a l'alternative, la double chance, c'est la juste punition de la fraude ou de la faute grave qui a été commise (Estrangin, p. 287 et sq., Pardessus, t. III, p. 464 et 475 ; Delvincourt, t. II, p. 376, note 7). (71)

Si, en cas de perte, l'assureur propose la nullité, il ne pourra par suite demander la prime ; il serait contra-

(71) *Sic* aussi M. Bédarride (n° 1220) qui fait remarquer avec raison qu'il n'en serait plus de même en cas de différence entre la police et le connaissement, attendu que cette différence équivaudrait à une véritable rupture du voyage, selon l'esprit de l'article 349. C'est un point du reste sur lequel nous nous réservons de revenir.

dictoire de demander l'annulation et l'exécution ; l'assuré est assez puni par la perte qui reste à sa charge.

Si l'assuré avait payé la prime d'avance, pourrait-il, l'assureur demandant la nullité, demander de son côté la restitution de la prime ?

Dans ce cas le code prussien (§ 2026) décide contre l'assuré que la prime est perdue. Notre loi ne dit rien de pareil, elle se borne à prononcer la nullité, et la nullité comporte la remise des parties dans le même état qu'auparavant.

Il semble qu'il y aurait équitablement à distinguer entre le cas où il y aurait eu fraude véritable, réticence ou fausse déclaration volontaire, et le cas où il y a eu simple erreur ou inadvertance (72).

Un principe certain en cette matière, comme en tout autre, c'est que la fraude ou la faute n'est pas de plein droit présumée, c'est à celui qui l'oppose à prouver son exception.

Une preuve concluante de ceci se trouve dans l'article 384 de notre matière même.

---

(72) Ces observations viennent à l'appui de la thèse présentée et soutenue plus haut sur le caractère de la nullité établie par l'article 357. Quoi qu'il en soit, il nous parait qu'il y a ici une pénalité atteignant l'assuré, c'est celle du demi pour cent, et cela sans distinction du cas où la personne a été ou non de bonne foi. Cette solution nous parait découler forcément de l'économie des articles 357 et 358.

Si donc l'assureur excipe d'une réticence, en quoi la preuve qui est à sa charge devra-t-elle consister ?

Il aura à prouver :

1° Le fait qu'il se plaint d'avoir ignoré ;

2° Son influence sur l'opinion du risque, sur la détermination du souscripteur ; si le risque n'eût pu raisonnablement en être aggravé à ses yeux, si, en un mot, le fait est indifférent, sans intérêt, le silence gardé sur ce point est tout aussi indifférent. Et il en est de même de la circonstance énoncée qui se trouve fausse.

Il faut que les différences entre les énonciations et les faits véritables soient d'un intérêt quelconque (disent nos auteurs), *qu'elles affectent à un degré quelconque les termes de l'engagement ou la prime* (disent les Anglais, Christian sur Blackstone, p. 468 à la note).

Mais si l'influence est reconnue ou plausible, quelque faible qu'elle soit (à quelque degré que ce soit, dit Christian, *loc. cit.*), elle doit entraîner la nullité.

Renfermée dans ces termes, la doctrine est juste et rationnelle ; mais ce serait la pousser jusqu'à un excès abusif, que d'aller jusqu'à dire, avec certains juristes italiens, que la réticence annule, même quand le fait n'aurait modifié en rien l'opinion du risque, et qu'il suffit qu'elle intéresse simplement le *goût* ou l'*affection* de l'assureur. Ainsi une assurance est faite sur capitaine danois ; il se trouve qu'il est suédois. Il est certain qu'il n'y avait et qu'on ne mettait nulle différence entre les capitaines des deux nations. Néanmoins le contrat fut annulé !

3° Il faut enfin qu'on prouve la connaissance que l'assuré a eue ou a pu avoir lui-même de ce fait, supposé vrai ou influent.

Car, quelque gravité que puisse avoir ce fait, comment faire un tort à l'assuré de ne pas l'avoir fait connaître, lorsqu'il ne le connaissait pas, lorsqu'il n'a pu le connaître lui-même, à raison de l'éloignement ou d'autres circonstances ?

Le mot de *réticence*, qu'on l'entende du dol ou de la faute, implique nécessairement qu'on a su ou qu'on a dû savoir : on ne cache pas, on n'omet pas ce qu'on ignore, ce qu'on n'a pas pu connaître.

Il n'y a plus alors aucun motif pour annuler : l'égalité est blessée, quant une partie sait et l'autre ignore ; mais quant l'une et l'autre ignorent également, et sont également excusables d'ignorer, le sort est égal ; le fait fait inconnu tombe dans les chances aléatoires du contrat (73).

Si l'assureur prétend que l'assuré a su le fait non déclaré, quel genre de connaissance doit-il prouver, et quel genre de preuve doit-il administrer ?

---

(73) Ces idées sont aujourd'hui courantes en doctrine et en jurisprudence. Quoi qu'il en soit, ces trois ordres de preuves se réduisent forcément, quant à la *fausse déclaration*, à deux, c'est-à-dire que l'assureur a simplement à démontrer : 1° l'inexistence du fait faussement déclaré ; 2° son influence sur l'opinion qu'il s'est faite du risque.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, l'assureur ne pouvait être rigoureusement soumis à prouver la connaissance directe, positive, individuelle que l'assuré aurait eue du fait.

La chose eût été pour lui bien impossible, au moins la plupart du temps. C'est ce qu'a reconnu la loi d'abord, en établissant en sa faveur la présomption de l'article 366, et mieux encore la jurisprudence, en se contentant de la preuve que le fait était connu, était public, à l'époque et dans le lieu de l'assurance ou de l'ordre qui en a été donné.

Cette notoriété suffira donc, et, pour l'établir, s'agissant de fraude, tous moyens de preuve seront admissibles, même aux termes du droit commun.

L'assuré qui a appris, par sa correspondance, qu'un danger plus ou moins prochain ou probable menaçait sa chose, peut-il s'excuser de n'en pas avoir informé son assureur, sous prétexte que le fait était incertain ou douteux? Non, il ne devait pas moins faire connaître ce qu'il savait. Le fait, tel quel, aurait pu avoir quelque influence sur l'opinion du risque : l'incertitude et le doute devaient être communs (V. Emérigon, t. II, p. 158 et les exemples qu'il cite).

Mais pourra-t-il mieux s'excuser en disant que, bien que le contrat n'en dise rien, il a fait part à l'assureur de ce qu'il savait, ou bien que l'assureur n'a pu ignorer ce que savaient plus ou moins de gens?

S'il n'est pas contesté que l'assureur l'ait su, soit de l'assuré, soit de tout autre, on ne peut guère hésiter à tenir pour excusable le silence gardé dans l'acte. Il n'y a pas plus de réticence, ni de brèche à l'égalité, quand les deux parties ont su également, que quand elles ont également ignoré : le fait connu de toutes, a été pris par toutes en considération.

Mais la difficulté peut encore ici porter sur le genre de connaissance qu'il faut prouver, et sur le genre de preuve admissible.

Suffirait-il à l'assuré de soutenir contre l'assureur qu'il a pu savoir, comme d'autres, le fait dont il se plaint, et que c'est sa faute s'il l'a ignoré? Non, car la condition de l'assureur est purement passive et bien différente de celle de l'assuré, qui, puisqu'il s'agit de sa propre chose, a grand intérêt à s'informer de ce qui la concerne, à recueillir toutes les nouvelles, tous les bruits qui s'y rapportent, tandis que l'assureur sans intérêt, avant le contrat, au sort de cette chose, et à qui le risque en est le plus souvent proposé à l'improviste, n'a eu aucun motif pour en faire d'avance l'objet de son attention et de ses informations.

La publicité du fait omis, justement opposable à l'assuré, ne peut donc sous aucun rapport être pour lui une exception contre l'assureur.

Tout au plus, pourrait-on lui opposer sa connaissance positive et personnelle du fait non déclaré.

Reste la question à se faire, si l'assuré prétend que,

lors du contrat, il a fait connaître à l'assureur le fait aggravant, comment pourra-t-il prouver cette allégation?

Le pourra-t-il par toutes sortes de preuves, même par témoins?

Non ; il n'y a pour lui à cet égard qu'un seul moyen de preuve, c'est la *police* même, c'est l'acte par lequel les accords ont été fixés et constatés.

Il dépendait de l'assuré d'y mentionner le fait; c'était son devoir puisque le risque en était aggravé. S'il y a manqué, son tort est irréparable, et il doit en subir les conséquences.

Telle est la règle chez nous et ailleurs, telle est l'application qu'en fait la jurisprudence maritime (74).

---

(74) Voy. en effet sur ces divers points Aix, 14 avril 1818 et 10 avril 1826 ; Bordeaux, 26 déc. 1842 ; Aix, 6 déc. 1848 ; Bordeaux, 23 mars 1855 ; Marseille, 4 avril 1856 (*J. M.*, 3, 1, 121, 7, 1, 116, 22, 2, 1, 27, 1, 237, 34, 1, 116, 35, 2, 115); consult. aussi Bédarride, n° 1216, et *présent ouvrage*, t. II, p. 59 et sq.

Sans vouloir nous engager dans le dédale des applications particulières qui seraient sans intérêt ici, et que l'on trouvera dans les recueils, nous devons en terminant combler une lacune des explications qui précèdent.

M. Cresp n'a parlé jusqu'à présent que de la *réticence* et de la *fausse déclaration* ; mais il est dans l'article 348 un troisième terme, qui appelle quelques éclaircissements, c'est l'indication *toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement*. Quelques auteurs pensent qu'il ne s'agit ici que de l'erreur portant sur l'identité de l'objet assuré,

Je n'ai pas besoin de dire que le même principe sur l'égalité des parties s'applique parfaitement au *contrat de grosse*, puisque, c'est aussi une assurance, un traité sur des risques maritimes.

Tout comme nous l'avons vu de l'assureur et de l'assuré, le donneur doit, relativement aux risques, en

---

(voy. Bédarride, n° 1219). Nous croyons que c'est entendre la disposition d'une façon trop étroite, et le risque dont l'objet se trouverait modifié par la différence existant entre l'assurance et le connaissement, a une portée et un sens plus larges ; c'est celui que M. Cresp a défini ci-dessus de la façon que l'on sait (p. 169), et que Casaregis avait déjà résumé d'un mot en disant qu'il gisait tout entier dans l'intérêt que l'assuré devait avoir au contrat : *risicum, seu interesse assecuratorum*. Est-ce à dire que, même entendue ainsi, la disposition ait une utilité réelle ? En aucune façon, et les articles 349, 351, 357, 364, 365 auraient déjà suffi pour atteindre le fait qu'elle prévoit, et permettre l'annulation du contrat. Elle est de plus dangereuse ; car en mettant *la différence entre l'assurance et le connaissement* sur le même pied que la *réticence* et la *fausse déclaration*, elle semble faire dépendre la nullité du contrat des mêmes conditions ; ce qui n'est pas. C'est ainsi que l'assuré peut ici se prévaloir de la nullité, tout comme l'assureur ; c'est ainsi, d'autre part, qu'il n'y a pas à se demander si la différence dont s'agit a modifié l'opinion que celui-ci s'est faite du risque. Il y a plus que cela dans notre hypothèse; il y a défaut d'identité absolu entre le risque réel et le risque contractuel, c'est-à-dire assumé par l'assureur. Cette considération est à elle seule décisive, et elle suffit.

savoir autant que le preneur et réciproquement ; et c'est principalement au preneur qui propose et spécifie le risque qu'est imposée l'obligation de ne rien taire de ce qu'il sait, et, à plus forte raison, de ne rien déclarer de contraire à ce qui est, à peine de nullité pour cause de réticence ou de fausse déclaration.

Ce principe a même passé aux *assurances terrestres*, et il devait en effet s'appliquer à toutes assurances possibles, à tout contrat fondé sur des risques, quels qu'ils soient.

§ III

Formes internes et externes.

Nous avons déjà vu la théorie de l'assurance ; ses maximes ou principes fondamentaux nous sont déjà connus.

C'est beaucoup assurément.

Mais ce n'est pas tout ; et de ces notions plus ou moins abstraites, il nous faut maintenant passer aux règles positives et pratiques du contrat, aux conditions tant internes qu'externes qui servent à le constituer et à exécuter.

Dans ces explications, nous devons naturellement prendre pour guide ou indicateur l'article 332 du Code de commerce, la première et principale disposition de notre titre, celle qui domine et condense, pour ainsi dire, toutes les autres.

Nous le prendrons pour texte, sans pourtant nous asservir à suivre l'ordre des paragraphes qui le composent, car cet ordre n'est pas toujours le plus clair et le plus logique.

Cet article est assez long dans sa rédaction, et pourtant il n'a pas tout dit et n'a pu tout dire ; nous y rattacherons au fur et à mesure d'autres dispositions qui l'expliquent ou le complètent.

Mais, quoi qu'il en soit, il faut tout d'abord l'avoir textuellement sous les yeux. Il est ainsi conçu :

Le contrat d'assurance est rédigé par écrit ;

Il est daté du jour auquel il est souscrit ;

Il énonce si c'est avant ou après midi ;

Il peut être fait sous signature privée ;

Il ne peut contenir aucun blanc ;

Il exprime

Le nom et le domicile de celui qui fait assurer,

La qualité de propriétaire ou de commissionnaire,

Le nom et la désignation du navire,

Le nom du capitaine,

Le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées,

Le port d'où ce navire a dû ou doit partir,

Les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger,

Ceux dans lesquels il doit entrer,

Le nature et la valeur ou l'estimation des marchandises ou objets que l'on fait assurer,

Les temps auxquels les risques doivent commencer et finir,

La somme assurée,

La prime ou le coût de l'assurance,

La soumission des parties à des arbitres en cas de contestation, si elle a été convenue,

Et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues.

Voilà certes bien des choses que comporte ou exige notre contrat, et tout cela, ou à peu près, est emprunté à l'ancienne Ordonnance de la marine (art. 2, 3 et 68 du titre).

La première et double question, qui résulte de ces textes mêmes, est la suivante :

L'assurance doit-elle nécessairement être rédigée par écrit, ou bien peut-elle exister et s'exécuter sans écriture ?

A supposer qu'elle pût se former et s'exécuter sans écrit, comment pourra-t-on la prouver, si l'une des parties la dénie ou si des tiers intéressés en contestent l'existence ?

Sur le premier point, celui de savoir si l'écriture est *essentielle* à l'assurance, point que nous appelons *principal*, puisque, tranché qu'il serait pour l'affirmative, l'examen du second deviendrait inutile ; sur ce point, dis-je, il est bien à regretter que ni l'Ordonnance, ni le Code après elle, ne se soient pas expliqués d'une façon plus formelle et plus claire.

Le doute auquel a plus ou moins prêté la rédaction de l'une et l'autre loi, a fait naître autrefois et continuer

de nos jours une controverse, une opposition ou divergence d'avis telle qu'aucune matière du droit n'en offre peut-être pas de pareille.

Les uns ont nié que, dans le sens légal, comme dans la pratique, il puisse sans un acte écrit, exister une assurance ; à défaut d'écrit, ont-il dit, le contrat est nul et comme non avenu (75).

D'autres ont au contraire prétendu que, si la loi prescrivait l'écriture, c'était, non comme substantielle à l'assurance, mais seulement pour la preuve du contrat qui serait dénié (76).

Cette dernière opinion est, il faut le dire, celle qui, en France du moins et de nos jours surtout, a fini par être préférée par la majorité des auteurs, et la jurisprudence semble incliner dans cette direction.

L'opinion la plus répandue a donc été et est encore chez nous que l'écriture n'est requise, en matière d'assurance, que pour servir à la prouver en cas de besoin.

Mais arrivée là, la majorité elle-même s'est partagée, s'est divisée à l'infini sur ce qui concerne la preuve, sur le point de savoir si la preuve écrite est la seule admissible, ou si, à défaut, on pourrait aussi admettre

---

(75) En ce sens le premier commentateur de l'Ordonnance, Emérigon, t. 1, p. 26, Dalloz (dans une première édition), Aix, 23 nov. 1813 (*ibid.*, n° 1460), Marseille, 2 déc. 1836 (*J. M.*, 16, 1, 126).

(76) Tous les auteurs et toutes les décisions judiciaires dont l'indication se trouve dans les notes qui suivent.

la preuve par témoins, ou tel autre mode possible de preuve.

Voulez-vous de ces avis divers un simple aperçu ?

Premier avis. La preuve testimoniale sera ici bien admissible, mais sous les mêmes conditions qu'y met le droit commun, c'est-à-dire s'il existe déjà un commencement de preuve par écrit, ou bien si la valeur du litige n'excède pas un certain taux (autrefois 100 livres, aujourd'hui 150 francs) (77).

Deuxième avis. Toute preuve testimoniale est absolument interdite, sans égard à la valeur plus ou moins modique du litige, non plus qu'au commencement de preuve par écrit qui en existerait ; il n'y aurait d'autre moyen que d'obtenir l'*aveu* de l'autre partie, ou qu'on la soumît à prêter le *serment décisoire* (78).

Troisième avis. La preuve par témoins est défendue même pour une valeur au-dessous de 150 francs ; mais

---

(77) En ce sens Valin, t. II, p. 29 ; Locré, t. III, p. 322 et sq., et t. IV, p. 4 et 5 ; Boulay-Paty, t. III, p. 247 ; Merlin, *Quest. de droit*, t. VI, p. 289 ; Alauzet, *Comment.*, t. III, p. 285 et sq., n° 1360 ; Bédarride, n° 1016 ; cass., 15 fév. 1826 ; Rennes, 15 déc. 1832 (Dalloz, *Répert.*, v° *Droit maritime*, n° 1460).

(78) *Sic* Pothier, *Contr. d'assur.*, n°s 96 et 97 ; Vincens, t. III, p. 206 ; Massé, t. VI, p. 208 et sq.; Bravard (5me édit.), p. 408 et 415 ; Lemonnier, *op. cit.*, n°s 31 et sq.; Cauvet, *Traité des assur. marit.*, t. I, p. 450, n° 281 ; Marseille, 18 oct. 1824 ; Douai, 7 déc. 1858 (*J. M.*, 5, 1, 273, 37, 2, 35).

elle est permise s'il y a commencement de preuve par écrit (79).

Quatrième avis. Celui-ci fait table rase ; il n'est besoin, pour l'admission de la preuve par témoins, ni de commencement de preuve, ni de valeur inférieure à 150 francs ; on peut la proposer et l'admettre purement et simplement (80).

Que de divergence et de contradictions !

Et pour comble d'embarras et de confusion, c'est souvent le même auteur qui, dans des livres différents ou dans des éditions différentes, adopte et soutient deux opinions opposées l'une à l'autre, (Dalloz par exemple).

Il en est même qui dans un seul ouvrage offrent, d'un tome à l'autre, d'un feuillet à l'autre, de telles contradictions avec eux-mêmes (Dageville, Pardessus).

C'est donc un vrai dédale d'où il faut pourtant tacher de sortir, ou par une voie ou par une autre.

Examinons, essayons de choisir et de faire le meilleur choix possible ; mais pour cela il nous faut nécessairement, dans une certaine mesure, recourir aux origines, aux notions historiques qui seules peuvent éclairer la matière. Beaucoup d'instruction peut d'ailleurs résulter de ces recherches.

---

(79) Pardessus, t. III, n° 792 ; Delvincourt, t. II, p, 393 ; Toullier, t. IX, p. 367.

(80) Dageville, t. III, p. 15, où il renvoie à t. II, p. 457 ; Caumont, *op.* et *loc. cit.*, n° 30.

Sans doute, en remontant aux premiers temps où s'introduisit l'assurance, nous y trouverions des exemples de pareilles conventions formées verbalement, sur simple parole, sur la seule confiance que les contractants s'accordaient l'un à l'autre.

Mais ces engagements pouvaient et devaient souvent dégénérer en simple gageure, sans intérêt vrai et licite, aux choses ou aux faits qui en étaient l'objet ou l'occasion ; à toutes les époques, ç'a été là, parmi les hommes, un penchant naturel et comme fatal.

Que s'en est-il suivi ?

Les vieux documents nous l'attestent : de grand désordres, des abus criants, des tromperies sans nombre.

Même quand, dans l'intention de certaines parties, il s'agissait, non d'une gageure, mais d'une assurance, que de déguisements et de fraudes étaient faciles aux parties mal intentionnées !

Celles-ci pouvaient donner pour matière au contrat une chose qui n'avait jamais existé, ou qui, à leur connaissance, avait déjà cessé d'exister ; elles pouvaient, même s'agissant d'une chose existante et d'un risque effectif à courir, altérer, dénaturer la vérité, dissimuler telle ou telle circonstance importante, ou en déclarer de complètement fausses.

Et tout cela, on pouvait le faire et rester impuni ! car les accords n'avaient eu lieu que de vive voix, sans trace aucune, sans instrument quelconque qui pût convaincre de mensonge ou d'infidélité.

Ces accords verbaux eussent-ils eu des témoins et

voulût-on faire appel à leurs dépositions, qu'aurait-il pu résulter des souvenirs douteux, incertains, fugitifs de gens, même non suspects, que le hasard aurait rendus présents à un marché sans intérêt pour eux, dont rien n'avait pu fixer les conditions dans leur mémoire?

Aussi dès longtemps, les législateurs songèrent-ils à remédier à de tels abus et à l'impunité qui les couvrait.

Partout, en France, en Allemagne, en Italie, en tout pays enfin, des lois ou règlements intervinrent, qui firent sévère défense de contracter des assurances verbales, qui en prescrivirent la rédaction, *sous peine de nullité*.

Et cette rédaction écrite ne fut pas abandonnée aux parties elles-mêmes, sous forme purement privée. Pour plus de garantie, les législateurs exigèrent absolument la forme publique, authentique.

Et, de plus encore, cette rédaction n'appartint pas à tout officier public indistinctement ; elle fut attribuée à des officiers créés *ad hoc*, qui furent chez nous institués sous le nom de *notaires-greffiers d'assurances*, lesquels eurent qualité, à l'exclusion de tous autres, pour recevoir et constater tous contrats maritimes.

Depuis, ces charges, spéciales étant abolies ou tombant en désuétude, d'autres officiers publics, notaires et courtiers, entrèrent en possession de ces attributions, avec le même caractère exclusif.

Et toujours il fut certain et légal qu'aucune assurance ne pouvait se faire, ne pouvait valoir sans rédaction en acte authentique.

C'est dans cet état de choses qu'intervint, en 1681, la belle Ordonnance de la marine.

Ses habiles auteurs, par l'article 20 du titre, maintinrent le principe déjà en vigueur, en prescrivant à toute assurance la rédaction par écrit ; seulement l'épreuve du temps leur fit reconnaître quelques excès dans la forme imposée jusque-là à cette rédaction.

Ils indiquèrent, mais n'exigèrent plus comme indispensable, la forme publique ; ils concédèrent aux parties la faculté de s'engager entre eux sous signature privée.

Et c'est la même et seule concession que le Code actuel ait faite et exprimée dans son article 332.

Pourquoi donc, allant au-delà, ferait-on signifier à ce Code bien autre chose que l'Ordonnance qu'il a copiée ? Pourquoi, plus qu'à l'Ordonnance, lui ferait-on signifier que, pour sa perfection, l'assurance n'a pas besoin de l'écriture, que les parties peuvent bien s'en abstenir, et faire ainsi renaître tous les inconvénients, tous les abus, toutes les fraudes dont on avait voulu, une bonne fois, purger un contrat si utile et si important ?

Il faut pourtant ici l'avouer ; c'est sous l'empire de l'ancienne loi que la nouvelle n'a fait que reproduire, c'est sous l'ordonnance même que le doute et la controverse se sont élevés, que la question a été agitée et résolue en sens divers par des hommes d'un grand poids, d'une incontestable valeur.

D'un côté, c'est Valin, c'est Pothier, qui, l'un et

l'autre, ont pensé que l'écriture n'était pas essentielle à l'assurance, qu'elle n'était requise que pour sa preuve, en cas de besoin.

D'un autre côté, pour soutenir vivement contre eux que, sans acte écrit, l'assurance n'existe pas, est nulle en d'autres termes, qui se présente ? C'est notre Emérigon, armé de son savoir et de sa vaste érudition en ces matières, de sa longue et double expérience comme avocat et comme juge (car il siegeait au tribunal de l'Amirauté).

Convenons que dans ces conflits entre de tels hommes, il pouvait y avoir matière à doute, à hésitation sur la solution à préférer.

Aussi lorsque, de nos jours, il s'est agi d'un Code de commerce, embrassant les contrats maritimes comme tous autres, a-t-on appelé sur ce point l'attention du législateur, et l'a-t-on invité à vider enfin le vieux différend (Locré *loc. cit.*).

Ce législateur s'est borné à suivre littéralement l'Ordonnance ; la difficulté s'est donc reproduite et la divergence a continué parmi nous.

Je dis *parmi nous*, car ailleurs, dans d'autres pays, où des Codes de commerce sont nés après le nôtre, les législateurs, mieux avisés par nos débats mêmes, ont tranché résolument la difficulté, en disant textuellement que toute assurance serait rédigée par écrit, *à peine de nullité*. Ainsi l'on dit le Code espagnol, le Code italien, et d'autres encore.

Ajoutons que, même chez nous, malgré l'absence

dans notre loi d'une décision aussi franche et aussi nette, elle a été adoptée par les hommes pratiques, négociants ou magistrats, familiers avec les usages et les besoins du commerce : il en existe des décisions du Tribunal de Marseille et de la Cour d'Aix, comme on a pu le voir ci-dessus.

Et ce n'est pas seulement dans le midi, dans son pays même, que l'avis du jurisconsulte provençal a été partagé, qu'à son exemple, on a considéré comme nulle toute assurance non écrite.

Tels sont des auteurs dont le nom est souvent invoqués, MM. Pardessus et Dalloz, qui tout d'abord, dans leurs premières publications, ont nettement professé cette même nullité.

S'il l'ont depuis abandonnée, c'est qu'ils ont cédé à l'entraînement d'une doctrine et d'une jurisprudence qui tend à ne voir dans l'absence d'écriture une cause de nullité pour les conventions, qu'autant que la loi dans ses textes a clairement et expressément commandé l'écriture *à peine de nullité* du contrat.

On s'autorise à ce sujet, d'un petit nombre d'exemples ; en matière purement civile, on cite la *donation entre-vifs*, le *contrat de mariage*, la *convention d'hypothèque*; en matière commerciale le *contrat de société*.

Aujourd'hui donc, le plus grand nombre pense et décide, comme le faisaient Valin et Pothier, contrairement à Emérigon, que si pour les contrats maritimes, et notamment pour les assurances, la loi exige une rédaction écrite, un acte ou police qui les constate, c'est

non pour leur existence et leur validité en elles-mêmes, mais seulement pour la preuve à en faire en cas de dénégation.

Eh bien ! soit ; par déférence pour la majorité, raisonnons dans son hypothèse même.

En sera-t-on plus avancé ?

Quelle preuve veut ici la loi ? Valin et Pothier en convenaient également, et leurs adhérents, quels qu'ils soient, ne peuvent qu'en convenir : la preuve littérale est ici la seule permise, il y a exclusion de tout autre genre de preuve, de celle par témoins ou par simples présomptions.

Mais dès lors, qu'aura-t-on gagné à distinguer l'*essence* du contrat de la *preuve* à en fournir ?

Ce ne sont que de vaines et subtiles abstractions, qui viendront échouer contre les nécessités de la pratique.

Qu'importe que, malgré l'absence d'un écrit, mon assurance ait une existence valable, en elle-même et prise abstractivement, si, à l'application, lorsqu'on en vient au fait, cette assurance, faute d'un écrit, reste sans effet possible contre celui qui la dénie ?

Le résultat n'est-il pas toujours le même ?

Valin et Pothier ont senti la difficulté, et ils ont entrepris de la surmonter ou de la contourner, mais pour cela, ils ont pris des routes différentes.

Valin, laissant à l'écart la nature commerciale du

contrat, s'est rejeté sur le droit commun, sur les règles purement civiles en matière de preuves.

Il a dit : il y a bien, dans la loi civile, exclusion générale de la preuve par témoins ou par présomptions.

Mais cette loi même admet des exceptions à sa règle :

1° Si la valeur du litige n'excède pas un certain taux (alors 100 livres, aujourd'hui 150 francs) ;

2° S'il existe un commencement de preuve par écrit (tout document rendant vraisemblable le fait allégué).

Or ces circonstances doivent s'appliquer à l'assurance et faire admettre, dans les mêmes cas, la dérogation à la règle.

Ce système avait un grand défaut, pour mieux dire, un vice profond : c'était de confondre et de brouiller, pour ainsi dire, deux ordres de droits fort différents et fort tranchés : le droit purement civil et le droit commercial.

En matière civile, la règle légale était l'exclusion de la preuve par témoins ou présomptions ; il n'y avait d'exception que pour le taux minime du litige ou le commencement de preuve par écrit.

Mais, en posant ou renouvelant cette règle avec ces exceptions, l'Ordonnance civile de 1667 avait expressément réservé et confirmé la possession où, de temps immémorial, était le commerce, d'admettre *indéfiniment* la preuve testimoniale, sans condition, sans limitation à tel ou tel cas exceptionnel (81).

---

(81) Voy. à ce sujet la dissertation si neuve et si intéressante rapportée dans le premier volume, p. 245 et sq.

Dans la coutume et la législation commerciales, il n'était donc pas et il ne pouvait être question du taux du litige ni d'un commencement de preuve, puisque c'était la règle commune, s'appliquant à tout ; les témoignages ou les présomptions étaient de droit admissibles.

Mais cette législation même pouvait avoir aussi ses exceptions, ses dérogations à sa propre règle générale.

Et c'était, lorsqu'elle avait dit expressément de tel ou tel contrat en particulier, qu'il serait rédigé par écrit, et ne pouvait par conséquent être prouvé autrement.

Or c'est précisément ce qu'avait fait l'Ordonnance de la marine, pour les contrats qui se rapportaient à la mer, et spécialement pour le contrat d'assurance.

Il fallait donc, pour de tels contrats, s'en tenir rigoureusement à la preuve littérale, seule admise et commandée, sans considérer le moins du monde ni commencement de preuve, ni taux de la valeur litigieuse.

C'est ce que Pothier, habitué pourtant à déférer aux sentiments de Valin, reconnaît et soutient cette fois contre lui, tout comme l'a fait Emérigon, d'une manière péremptoire et vraiment décisive.

Et comment pourrait-on s'écarter de cette solution, aujourd'hui surtout que la distinction des deux sortes de droits et la fixation de celui qui régit seul notre contrat, se trouvent si nettement exprimées dans notre législation ?

Le Code civil déclare d'abord (art. 1107) que les

règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce.

En matière de preuve spécialement, ce Code, en traçant ses règles civiles, a soin d'ajouter : *Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.*

Et en effet le Code de commerce (art. 109) établit en cette matières des règles toutes différentes et même opposées.

Si, en traitant des contrats aléatoires, le même Code civil (art. 1964) nomme l'*assurance* et le *contrat à la grosse*, il ne fait que les nommer en passant, il se hâte d'ajouter : *Ces contrats sont régis par les lois maritimes* ; et en effet, c'ést au Code de commerce, dans sa partie maritime, que se trouvent traitées et developpées toutes les règles de ces contrats, pour le fond, pour la forme et pour la compétence.

Il semble donc impossible désormais de nier que l'assurance ne puisse s'établir que par la preuve que prescrit notre article 332, c'est-à-dire par la preuve littérale, par une rédaction écrite, enfin par un acte ou police contenant toutes les énonciations voulues.

Mais, s'il en est ainsi, que signifie, je le répète, à quoi peut réellement aboutir la distinction, qu'anciennement et de nos jours communément, on a voulu établir entre la convention d'assurance et la preuve à en faire au besoin ?

Si, faute de pouvoir en fournir la preuve légale, l'as-

surance que j'aurais verbalement contractée, ne pourra produire aucun effet et restera comme non avenue, à quoi me servira-t-il de dire que, prise en elle-même, cette assurance était valable, indépendamment de toute preuve ?

Oh ! voici l'intérêt, l'avantage, qui, selon Pothier et ses adhérents, pourrait ressortir de là.

Dépourvu de l'instrument nécessaire pour la preuve légale du contrat, on ne serait pas, pour cela, dépourvu de toute ressource pour lui donner l'efficacité qui lui manque.

On pourrait interpeller juridiquement son adversaire, le faire interroger catégoriquement ; et si de ses réponses il résultait l'*aveu* de la convention, cet aveu équivaudrait à un acte.

Ou bien, ce moyen venant à manquer, on pourrait lui déférer le *serment décisoire* sur l'existence de la convention ; et s'il refusait de le prêter ou le référer, son refus serait tenu pour l'équivalent de son aveu.

Apprécions ce que vaudraient ces deux ressources.

Il est vrai que le droit commun, que nos lois civiles continuent à recourir, sur toutes choses et même en tout état de cause, à l'interrogatoire judiciaire ou à la délation du serment décisoire, sous la condition toutefois que les faits sur lesquels on provoque l'aveu ou l'on défère le serment seront précis et concluants, de manière à terminer toute contestation.

Nous ne contestons pas que cela s'applique aussi aux matières commerciales.

Mais nous disons qu'en matière d'assurance en particulier, ce seraient-là de bien pauvres ressources, et que ces moyens, s'ils étaient employés, resteraient toujours, au moins presque toujours, sans succès, sans résultat utile.

Que s'il était jamais possible qu'ils réussissent *entre les parties*, entre assuré et assureur prétendus, ils viendraient toujours échouer *contre les tiers*, dont l'intérêt serait toujours impliqué dans la question.

Et d'abord, entre les parties elles-mêmes, combien il serait difficile, pour ne pas dire impossible, que l'épreuve aboutit et qu'il en pût sortir une vraie assurance !

Si, entre contractants dont l'un affirme et l'autre nie, tout se réduisait à interpeller son adversaire, ou à lui déférer le serment sur le simple fait de savoir s'il a, ou non, assuré ou fait assurer telle somme, à telle prime, sur tel objet, pour tel voyage, on conçoit que l'aveu ou le serment pût tenir lieu d'un acte.

Mais, soit légalement, soit dans la pratique, une indication aussi sommaire est loin de suffire, pour constituer une convention d'assurance ; le risque est une chose qui, de sa nature, est très-complexe. Pour son identité, sa consistance, et l'opinion à s'en former, il embrasse et exige une foule de conditions, de détails, de circonstances, dont la connaissance doit être commune aux

parties, et sur lesquels leur consentement respectif doit intervenir.

Nous en avons vu la longue énumération dans l'article 332 du Code ; et ce n'est pas tout, car d'autres articles s'y rattachent, y ajoutent de nouvelles exigences; et en outre, ce même article 332, dans son paragraphe final, autorise les parties à *convenir généralement de toutes autres conditions* ; ce qui est autoriser telles dérogations ou telles additions qu'on voudra, pourvu qu'on l'exprime dans l'acte.

Après cela, venons à l'essai des moyens qu'on propose pour suppléer à l'écriture.

Il faudrait donc que, dans la question qu'on poserait ou dans la formule du serment qui serait déféré, on embrassât ou spécifiât toutes ces conditions, toutes ces clauses légales ou conventionnelles ; car l'omission d'une seule rendrait le moyen inutile et tout à fait inconcluant.

Supposons que la question pût ainsi être compliquée et détaillée à l'infini ?

Alors qu'arriverait-il ?

Il suffirait que sur un point, quel qu'il fût, la question ou l'interpellation s'écartât de la stricte vérité, de la plus entière exactitude, de la plus sévère précision, pour que l'interpellé se crût en droit de répondre : *Non, je n'ai pas traité aux conditions et dans les termes qui sont énoncés*, ou qu'il crût pouvoir, en sûreté de conscience, prêter le serment à lui déféré.

Et s'il convenait à l'interpellé de répondre d'une manière franche et plus explicite, de reconnaître les

faits ou accords exprimés dans la demande, mais toutefois en les modifiant ou les déniant sur tel ou tel point, rien ne serait encore obtenu contre lui.

Car on ne pourrait scinder ses réponses, en prendre une partie et rejeter le reste, en violant le principe admis de tout temps et conservé par le Code civil, que l'aveu est indivisible, qu'il faut le prendre ou le rejeter dans son ensemble et dans son entier.

L'interrogation ou la délation de serment serait donc un moyen de preuve à peu près illusoire, dont la réussite ne serait guère vraisemblable ni possible. Je n'en ai pas, quant à moi, vu un seul exemple, et je n'ai pu en découvrir aucun dans la doctrine ni dans la jurisprudence (82).

Mais supposons encore que, par un grand hasard, le moyen parvint à réussir, dans quelque cas bien rare assurément.

Cela ne pourrait jamais avoir effet qu'*entre les parties elles-mêmes*, et relativement au seul contrat dont le sort se discute entre elles.

Or, il peut arriver et il arrive très-fréquemment, que la même personne fasse assurer le même objet par plu-

---

(82) Le jugement précité de Marseille du 2 déc. 1836 a cependant porté sur ce point, et s'il a rejeté la délation du serment, c'est que cette délation lui avait été demandée. Voy. du reste la note qui suit.

sieurs contrats distincts, par des assureurs différents et à des conditions diverses.

Si ces assurances réunies dépassent la valeur de l'objet, et que l'assuré l'ait dépassé sciemment, frauduleusement, il y a nullité pour le tout, sans égard à l'aliment réel.

Mais s'il a été de bonne foi, s'il a cru et pu croire qu'il y aurait aliment pour le tout, les contrats sont maintenus jusqu'à concurrence de la valeur réelle ; ils sont résolus et *ristournés* pour l'excédant ; et pour opérer ce maintien et ce ristourne, on suit l'ordre des dates que portent les divers contrats ; ce sont les premiers qui sont maintenus jusqu'à concurrence, ce sont les derniers qui sont résolus.

Telles sont les décisions de la loi que nous avons déjà vues et que nous aurons encore l'occasion de revoir (art. 357, 358, 359 du Code).

Maintenant, si un assuré de bonne foi, reconnaissant que la valeur de sa chose a été couverte par une première assurance et qu'une seconde est restée sans aliment, veut, pour ne pas avoir à payer une prime frustratoire, faire ristourner celle-ci, comment s'y prendre s'il n'y a pas de contrat écrit et daté ?

Eût-il l'aveu du premier assureur, lui eût-il déféré le serment, que pourrait produire cela, à l'égard du dernier assureur ?

N'est-il pas de principe et écrit dans nos lois que, ni l'aveu, ni le serment ne valent qu'entre les parties, et ne sont pas opposables aux tiers ?

Aussi nos auteurs sont-ils forcés d'en convenir.

N'est-ce pas par là même, reconnaître que toute autre preuve qu'un écrit est incompatible avec un contrat de ce genre, avec ses règles nécessaires et légales, avec les nécessités de sa pratique et de ses usages.

Et c'est bien là, en définitive, la conclusion à laquelle doit nous ramener la nature et la force même des choses (83).

---

(83) Malgré tout ce que cette argumentation a de rigoureux et de pressant, nous ne sommes pas convaincus, et par conséquent convertis. Nous partageons l'avis de M. Cresp et des auteurs indiqués ci-dessus note 78, en ce qui concerne l'exclusion absolue de la preuve par témoins ; en matière commerciale, il n'y a pas sous ce rapport de milieu entre l'admission ou l'exclusion totales, et c'est évidemment cette dernière règle qui doit être adoptée, lorsque la loi, comme dans le cas présent, a exigé un écrit. Mais faut-il aller plus loin encore, et faire de cet écrit une partie constitutive, une solennité nécessaire de ce contrat, de telle sorte qu'à défaut la preuve par l'*aveu* et le *serment* ne soit pas même admissible ? Nous avons beaucoup de peine à le croire. Il ne parait pas douteux (et M. Cresp, malgré les circonlocutions dans lesquelles il a un peu enveloppé sa pensée, est obligé d'en convenir) que c'est à l'effet de couper court aux difficultés et aux incertitudes de la preuve, à l'effet en un mot de bien établir la nature et les conditions diverses de la convention des parties, qu'une rédaction écrite a été exigée. Le témoignage du *Guidon* est d'ailleurs formel : *Assurances*, dit-il (chap. I, art. 2), *se font et se dressent par contrat porté par escrit, appelé vulgairement police d'assurance. On en fai-*

La conclusion pourra-t-elle être différente quant au *contrat de grosse*, pour lequel nous avons vu que la loi

---

sait anciennement sans escrit, qui étaient dits en confiance, parce que celui qui stipulait l'assurance ne faisait ses pactions en escrit, mais se confiait en la bonne foy et la prud'hommie de son assureur, SUPPOSANT QU'IL LES ESCRIRAIT SUR SON LIVRE DE RAISON. *Les premières portées par escrit, sont celles qui ont cours et desquelles usent ordinairement les marchands ; les dernières sont prohibées en toutes places,* TANT POUR LES ABUS ET DIFFÉRENS QUI EN SURVIENNENT, etc. Il est à remarquer, du reste, que lorsqu'il a exigé l'écrit dans un but distinct de la preuve, le législateur ne s'est pas contenté de la forme privée, qu'il a imposé la forme authentique. C'est ce qu'il a fait en matière civile, pour les *donations*, le *contrat de mariage*, les *constitutions d'hypothèques ;* c'est ce qu'il avait fait également en matière commerciale pour la *société anonyme* (art. 40), à l'époque où la constitution de cette société était subordonnée à la nécessité d'une autorisation gouvernementale. Lors au contraire qu'il s'est agi uniquement de pourvoir à la justification d'un contrat, le législateur, comme cela devait être, n'est pas allé au-delà, dans ses exigences, de la forme sous seing-privé. C'est ce qui a lieu généralement en matière maritime (cpr. art. 195, 250, 273, 311 Cod. com.); et il est non moins généralement reconnu que l'écrit n'est exigé ici que pour la preuve, qu'il ne tient pas à l'essence même du contrat. M. Cresp lui-même n'est pas ailleurs d'un autre avis ; voy. t. I, p. 249 et sq., t. II, 33 et sq.

Est-ce à dire maintenant que la conséquence pratique de ce système soit aussi nulle que l'on veut bien l'affirmer, et que la

exige également la rédaction d'un acte public ou privé, contenant telles énonciations déterminées ?

---

preuve par l'*aveu* ou le *serment* soient aussi illusoire? le contraire se réalisera dans les deux hypothèses suivantes. Il peut se faire d'abord qu'il s'agisse d'un risque si minime ou contracté dans des conditions tellement simples, que les parties n'aient pas pris la peine de dresser acte de leurs accords et se soient, comme autrefois, fiées à leur *loyauté et prud'homie* réciproques. Dans ce cas, l'articulation se concentrera sur quelques points décisifs, au sujet desquels la lumière pourra très-bien se faire. Il ne faudrait pas en effet se laisser éblouir par la nomenclature de l'article 332; tout cela est loin d'être substantiel au même degré; et de toutes ces énonciations, il en est bien peu qui soient véritablement constitutives du contrat. Ce sont les conditions courantes en matière de polices d'assurances, ce ne sont pas les conditions essentielles.

Il pourra arriver d'autre part que les parties se proposant de contracter ensemble, jètent les premières bases de leur convention future dans des accords verbaux. Si plus tard une police n'est pas dressée, ou si, étant dressée, elle n'exprime pas tout ce dont on est convenu, l'un des deux contractants pourra-t-il déférer le serment à l'autre, ou provoquer son aveu ? En cas de défaut de police, ce sera en effet bien difficile; mais ce sera difficile, non pas tant parce que l'articulation s'égarerait sur trop de points à la fois, mais parce qu'il sera acquis en fait que rien de définitif ne s'est produit, et que tout s'est borné à de simples pourparlers. Tout autre sera la situation, lorsque une police ayant été rédigée, on se prévaudra d'une clause qui n'y aurait pas trouvé place; on ne voit pas dans cette hypothèse ce

Non, sans doute, puisque l'assurance y entre comme

---

qui ferait obstacle à la délation du serment ou à un interrogatoire sur faits et articles, et ce n'est pas la précision dans l'articulation qui manquera. Il faudrait cependant aller jusque-là dans le système contraire, car si l'écrit est essentiel au contrat, considéré dans son intégralité, il l'est non moins en ce qui concerne chacune de ses parties.

Pour conclure donc, il n'est nullement impossible, en matière d'assurance, qu'on ait à déférer le serment à l'une des parties ou à provoquer son aveu judiciaire ; si cela est possible, cela est incontestablement légal.

Dans les explications qui précèdent, nous avons uniquement posé et étudié la question au point de vue des parties contractantes ; car au point de vue des tiers, nous sommes de l'avis de M. Cresp. Nous sommes de l'avis de M. Cresp, en ce sens qu'on ne saurait se prévaloir à l'encontre des tiers d'une convention qui n'aurait pas été constatée en la forme réglementaire, et sous ce rapport l'article 192 8° fournit un argument décisif (Cpr. aussi art. 312). Mais ceux-ci ne pourraient-ils, s'ils y avaient intérêt, démontrer l'existence d'une assurance verbale, et cela par tous les modes de preuve indistinctement? Sans doute, et cela a été en effet jugé ainsi (voy. cass. 5 août 1823, cité par Caumont, n° 32), et cela n'est nullement contradictoire avec ce qui précède. Dans la première hypothèse, les parties sont en faute de ne pas s'être mises en règle avec la loi; elles ne sauraient donc puiser dans une convention imparfaite ou défectueuse un droit contre les tiers. Dans la seconde, au contraire, il s'agit pour ceux-ci d'un fait qui leur est absolument étranger; il n'y a donc aucun motif pour que, le cas échéant, ils ne puissent en justifier par toute espèce de moyens (art. 1348 Cod. civ.)

élément essentiel et même prédominant, et que ce n'est réellement qu'une variété, une espèce de ce genre.

Si nos explications antérieures sur ce point spécial ont offert quelque chose qui s'écartât des notions présentes, nous ne faisions en cela que rapporter l'opinion du commun des auteurs, nous réservant de mieux examiner ici ce qu'il fallait en penser (voy. t. II, p. 247 et sq.).

Or, ce point examiné de plus près, il nous semble certain que l'assurance à la grosse, aussi bien que l'assurance ordinaire, exige indispensablement d'être rédigée par écrit, sans que, du moins entre parties, un double original soit nécessaire.

En droit tous les mêmes motifs s'y appliquent avec la même force.

Et, en considération, il y a même ici un motif de plus, que Valin lui-même avait signalé, en disant du contrat à la grosse, qu'il prêtait singulièrement aux suppositions, aux antidates, aux déguisements de l'usure, et, pour obvier à ces abus trop faciles et trop fréquents, il recommandait instamment de soumettre l'acte de grosse, à la formalité de l'enregistrement.

Et c'est précisément ce que, déférant à ce vœu, le nouveau Code (art. 312) a prescrit de faire dans les dix jours de la date de l'acte : prescription que depuis, les Codes étrangers nous ont, à l'envi, empruntée, en la poussant même plus loin que nous ; puisque de l'omission qui chez nous n'entraîne que la perte du privi-

lège ils ont fait résulterla nullité même de l'acte de grosse (84).

Revenons donc à l'assurance en général, et fixés sur sur le vrai sens de l'article 332, dans sa disposition relative à la nécessité d'un écrit, voyons en quoi cet écrit peut et doit consister.

Notre article veut une rédaction écrite, qui soit bien datée, qui ne présente aucun blanc, et qui contienne de nombreuses énonciations.

L'écrit exigé dans ces termes est bien évidemment un *acte* proprement dit, ce qu'on appelle une *police* en cette matière.

Cet acte ou police, à qui appartient-il de le dresser, de le signer ou certifier, pour qu'il vaille ou sorte à effet ?

Comme l'ancienne Ordonnance, le Code permet de le faire *sous signature privée*.

Par là même et à plus forte raison, autorise-t-il à le faire sous forme *publique*, *authentique*, qui présente encore plus de certitude et de garantie.

Mais la rédaction même, quelle que soit sa forme, est

---

(84) Quant à nous, notre conclusion ne saurait changer ici (toujours en ce qui concerne les parties contractantes) et nous ne saurions admettre pour l'assurance accessoire jointe au prêt à la grosse, la solution que nous avons repoussée pour le contrat principal ; il y a même un *à fortiori* en sens contraire. L'avis général des auteurs est du reste en ce sens (voy. t. II, *loc. cit.*)

naturellement précédée de la *négociation*, c'est-à-dire des pourparlers, des propositions et acceptations réciproques, qui amèneront la conclusion du marché et la fixation par écrit des conditions qui auront été débattues et consenties.

Les parties peuvent très-bien s'aboucher entre elles, débattre ou négocier directement leurs assurances comme toutes autres espèces d'affaires commerciales.

Elles le peuvent aussi (et c'est même ce qu'elles font le plus souvent) par l'intermédiaire de certains agents ou officiers, que la loi, dans ce but, a pris soin d'instituer.

Mais, soit que la négociation d'une assurance ait été directe et sans l'intervention de personne, soit qu'elle ait eu lieu par l'intermédiaire de ces agents légaux, toujours est-il certain que les parties sont parfaitement libres de rédiger elles-mêmes leurs accords sous forme purement privée.

Si c'est ainsi qu'elles procèdent, on s'est demandé si, s'agissant ici d'un contrat *synallagmatique*, il ne fallait pas que l'acte sous seing privé fût dressé en autant d'originaux que de parties, et que de plus mention en fut faite dans chacun, conformément à l'article 1325 du Code civil, au chapitre qui traite de la *preuve des obligations*.

Cette question peut sembler étrange et tout à fait oiseuse pour nous, après que, tout récemment, nous avons si bien reconnu la grande et profonde différence

qui existe légalement, en matière de *preuve*, entre le droit civil et le droit commercial.

Sans répéter tous nos arguments puisés dans les textes, rappelons sommairement que c'est la loi civile qui a déclaré elle-même ne poser des règles que sur la preuve des conventions civiles, et qui a expressément renvoyé, pour la preuve des conventions du commerce, aux seules règles que traçaient ou traceraient les lois du commerce (85).

Si donc il s'agit d'un acte commercial, c'est dans la loi commerciale qu'il faut logiquement et forcément se renfermer, c'est là qu'il faut uniquement chercher et trouver les genres ou modes de preuve à y appliquer.

Or, parmi tous les divers modes qu'exprime et autorise l'article 109 Code commerce, nous trouvons bien la preuve *par acte sous seing privé*, mais sans ajouter le moins du monde que le nombre des originaux en sera égal à celui des parties ; par là même et par son

---

(85) Ceci n'est pas entièrement exact ; il y a deux articles de renvoi dans la loi civile, en ce qui concerne les transactions commerciales : ce sont les articles 1107 et 1341. Or, de ces deux dispositions, la seconde seule est relative à la preuve, et il ne s'y agit que de la *preuve testimoniale* ; elle est donc en dehors de la question présente, et ne peut prêter aucun appui à l'opinion exprimée au texte. Quant à la première, par sa généralité même, elle ne vise pas plus ce point que d'autres ; la contexture de la phrase indique qu'il s'y agit plutôt des règles particulières à telles ou telles conventions, soit civiles, soit commerciales.

seul silence, ce Code exclut donc généralement cette condition d'une loi qui lui est et a déclaré lui être étrangère ; il s'est contenté et il lui suffit parfaitement d'un seul original.

Il n'en a pas fallu davantage pour déterminer en ce sens la grande masse des auteurs et la jurisprudence habituelle des tribunaux de commerce.

Mais cet argument n'est pas resté sans contradicteurs et même sans décisions contraires.

Les contradicteurs, bien qu'en petit nombre, valent par leur poids, et les décisions contraires émanent des cours souveraines, et de la cour même qui les domine et les dirige toutes.

Ce sont de telles autorités qui seules ont pu donner quelque gravité et valoir quelque attention de plus a une question qui, à nos yeux comme à ceux de bien d'autres, n'en serait vraiment pas une et n'aurait dû en être une pour personne.

Apprecions en effet la grande raison qu'on oppose à la nôtre.

On dit : Il est très-vrai que la loi du commerce est bien plus large que la loi civile en matière de preuves, qu'elle admet tous genres et tous modes possibles de prouver ses conventions en général.

Oui, mais s'il arrive que, pour telle convention spécialement, elle ait prescrit la preuve littérale à l'exclusion de tout autre, alors, par là même, cette convention est mise hors du droit commercial, elle est replacée sous l'empire du droit commun ; et de là il suit que, si

la preuve s'en fait par acte sous seing privé, elle est, comme en droit civil. soumise à la règle du double original.

Quelque succès que ce raisonnement ait eu chez certains auteurs ou certains tribunaux, notre conviction se refuse, comme s'y est refusée celle de tout légiste indépendant, à en admettre la logique et l'équité.

C'est, en l'appliquant au *double écrit*, la même erreur et confusion que faisait Valin au sujet du taux du litige et du commencement de preuve (86) : erreur et confusion que nous avons vu si bien relevées par Pothier et Emérigon.

Comment ici, de ce que la loi du commerce, dérogeant à sa règle générale, exige qu'une convention spéciale soit rédigée par écrit, peut-on conclure qu'elle rejète cet écrit, s'il est sous seing privé, dans l'empire rigoureux du droit commun, qu'elle entende qu'il soit soit soumis à toutes les exigences de la loi civile ?

On cite en ce sens un exemple : c'est celui de certaines sociétés commerciales.

L'article 39 Code de commerce, dit de ces sociétés, *qu'elles doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article* 1325 *du Code civil.*

---

(86) Avec cette différence cependant, qu'en ce qui concerne ces deux points, la loi commerciale a ouvertement dérogé à la loi civile, tandis que, dans la difficulté présente, c'est cette dérogation qui en est question.

Mais, bien loin de servir à ceux qui l'invoquent contre nous, cette disposition se retourne précisément contre eux-mêmes, et fournit contre leur système un argument péremptoire et décisif.

S'il était vrai que notre Code, par cela seul qu'il veut, pour telle convention, une preuve littérale, entend renvoyer, quant à l'acte privé, à l'obligation civile du *double*, pourquoi aurait-il, en matière sociale, exprimé formellement un pareil renvoi ?

Il n'y avait pas plus de raison pour le dire, pour l'exprimer relativement à la société que relativement aux autres contrats qui, comme celui-là, devraient être faits par écrit.

En l'exprimant pour celui-ci, sans rien dire pour les autres, n'a-t-elle pas implicitement et suffisamment déclaré que ce qui était nécessaire pour l'un, ne le serait nullement pour les autres ?

Or l'assurance est l'un de ces autres contrats où le Code, exigeant un écrit et l'autorisant sous forme privée, n'a absolument rien dit qui, de près ou de loin, imposât la nécessité du double.

D'où il faut conclure que cet acte peut très-légalement, très-juridiquement être dressé en un seul et même original.

Et ce n'est-là que la consécration d'une coutume immémoriale, universelle, admise et suivie encore de nos jours, dans tout pays commerçant, à l'étranger comme chez nous.

Généralement et partout, la police est dressé en un

seul exemplaire, et cet exemplaire unique reste en possession du seul assuré.

Mais on insiste et on nous dit : Quelle étrange et révoltante inégalité entre parties vous voulez par là admettre et légitimer !

S'il n'y a qu'un original restant aux mains de l'assuré, l'assureur sera donc sans titre aucun, pour en réclamer et forcer au besoin l'exécution. Cette prime qui lui est acquise, comment se la fera-t-il payer ?

A cela plusieurs réponses :

1° Si, selon l'usage originaire, suivi encore en plus d'un lieu, la prime a été payée comptant ou en billets, quel besoin de titre aura l'assureur ?

Par le fait alors, l'assurance perd de son caractère synallagmatique, elle devient *unilatérale*, en ce sens que des deux obligations qu'elle implique, l'une (celle de l'assuré) est d'avance remplie, et il ne reste plus que celle de l'assureur.

Or, en ce cas du moins, doctrine et jurisprudence s'accordent à dispenser du double original.

2° Si les parties, bien que rédigeant elles-mêmes leurs accords, en ont préalablement fait faire la négociation par un agent ou officier public, il restera de cette entremise et du contrat qu'elle a amené, des traces légales, des documents officiels, qui tiendront bien lieu à l'assureur du titre privé qui lui manque.

C'est ce que nous verrons mieux tout à l'heure.

3° Lors même que la prime n'aurait été reçue d'au-

cune manière et que la rédaction des parties n'aurait été précédée d'aucune entremise, qu'y aurait-il réellement d'injuste et d'anormal dans la condition respective des parties qui ne seraient pas également armées d'un titre ?

Quel principe d'équité naturelle, quelle règle du droit primitif défend à celui qui contracte, de se confier à la probité, à la fidélité de son cocontractant, de suivre sa foi, en un mot ?

S'il peut se faire qu'il lui en mésarrive, à qui pourra-t-il s'en prendre qu'à lui-même, pour avoir mal placé sa confiance, pour avoir traité imprudemment, lorsqu'il était libre, ou de ne pas traiter, ou de prendre mieux ses précautions ?

Ni le droit romain, ni même notre vieux droit n'avait songé à faire du double écrit une nécessité légale.

Imaginée fort tard par des juristes méticuleux, on l'a vue avec regret s'introduire dans le Code civil ; et elle y a été un objet de blâme et de critique par les vrais jurisconsultes, tels que Merlin, Toullier, etc.

Et cette même règle regardée et condamnée comme exorbitante, même en pur droit civil, on voudrait l'étendre encore et l'imposer au commerce, à qui toute liberté a été expressément réservée, et qui repousse cette vaine entrave par ses plus anciens et constants usages, comme par les dispositions spéciales de la loi qui le régit !

Aussi qu'est-il résulté des arrêts qui ont prétendu l'imposer à l'assurance notamment, c'est-à-dire celui

de tous les contrats qui y résistait le plus, par la célérité qu'il commande, par l'urgence habituelle de ses opérations ?

Le résultat a été un mensonge fait sans scrupule, pour échapper aux rigueurs dont était frappé ce contrat.

On a inséré dans les polices la mention de tel nombre d'exemplaires. Mais la plupart du temps ces exemplaires multiples étaient chimériques : la rédaction en un seul original continuait et continue en fait à être pratiquée et praticable en cette matière.

Voilà pour la forme purement privée ; et nous n'y aurions pas tant insisté, sans cette malheureuse jurisprudence dont il a fallu avoir enfin raison (87).

---

(87) On connait sous ce rapport notre pensée ; nous l'avons exposée deux fois, en contradiction avec le système de M. Cresp, t. I, p. 261 et sq., et t. II, p. 51 et sq. Nous y persistons en principe, car aucun des arguments apportés ci-dessus ne l'a sérieusement entamée. Une seule considération pourrait ici nous faire hésiter, c'est celle tirée de l'usage immémorial et universel qui s'est établi sous ce rapport. Nous admettons très-bien en effet que l'usage commercial puisse, tout comme un texte de loi écrite, déroger à la législation civile : cela est acquis et ouvertement pratiqué, en ce qui concerne notamment la solidarité des engagements et l'obligation de payer des intérêts (sans stipulation expresse dans l'un et l'autre cas) ; on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même ici. Seulement l'usage dont parle M. Cresp, et qui est fondé, ici comme toujours, sur l'utilité pratique, ne s'est produit que dans l'hypothèse d'une assurance rédigée, ou tout au moins négociée par courtier.

Maintenant si les parties ne veulent pas ou ne peuvent pas, vu les circonstances, user entre elles de cette forme directe et privée, par le ministère de qui pourront-elles opérer et faire dresser l'acte constatant leurs accords, de manière à leur imprimer un plus grand caractère de certitude ?

Elles ont à employer pour cela deux ordres d'agents ou officiers, les *courtiers* et les *notaires* ;

En première ligne, les courtiers, c'est-à-dire ces agents légaux, établis et commissionnés pour traiter ou négocier toutes opérations de commerce : *change, marchandises, transports, assurances*, etc. (Cod. com. art. 74 et sq.).

Ces officiers et ces attributions sont divisés et répartis par la loi en plusieurs classes distinctes.

Dans le nombre figurent les courtiers d'assurances, au sujet duquel l'article 79 porte ce qui suit : *Les cour-*

Dans cette hypothèse, abstraction faite de la question de savoir si la police n'empruntait pas un caractère d'authenticité à la signature de l'officier public, le double original n'avait plus de raison d'être, et on comprend que la pratique ait passé outre ; ce qui a produit à la longue cet usage, passé aujourd'hui en quelque sorte à l'état de loi. Mais tout cela ne doit pas être sorti de son cadre spécial, et généralisé contre toute mesure et toute raison. En ce sens Bédarride, n°s 1029 et 1030; Caumont, n° 35; Alauzet, n° 1364; Aix, 23 nov. 1813; Cass., 19 déc. 1816 (Dalloz, *Répert.* v° *cit.* n° 1462); cpr. Marseille, 22 janv. 1827 (*J. M.* 8. 1. 56) — *Contra* Delvincourt et Pardessus.

tiers d'assurances rédigent les contrats ou polices d'assurances, concurremment avec les notaires ; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière.

La rédaction appartient donc aux courtiers et aux notaires concurremment.

Voyons d'abord comment peut et doit se pratiquer l'assurance par ministère de courtiers.

Habituellement quand les assurés emploient ces sortes d'agents, il les chargent tout à la fois de négocier et rediger leurs assurances. La négociation et la rédaction se rattachent l'une à l'autre, et seraient difficilement séparées. La force des choses veut même ici que la rédaction accompagne la négociation, ou même la précède, au moins en projet, et sauf sa conversion en acte définitif.

Quand on veut loyalement se conformer à un usage fondé sur la nature du contrat et les besoins du commerce, voici donc comment procède ou doit procéder le courtier chargé de négocier et rédiger une assurance.

Avant tout, il dresse son projet d'acte, conformément aux ordres qu'il a reçus ; et sa peine y est singulièrement abrégée, car il a d'avance sous sa main des projets de polices tout dressés et même imprimés.

Ces *formules* contiennent les conditions générales de ces sortes d'actes, les clauses qui y sont communément usitées, et celles notamment de la localité où l'on opère.

Des espaces y sont laissés en blanc, et ménagés pour y insérer à la main les circonstances et conditions particulières de chaque risque, et les clauses spéciales qui dérogeraient aux clauses imprimées.

Le courtier n'a en conséquence qu'à remplir les blancs de sa formule, et la police se trouve complète.

Il se met alors en mouvement pour trouver des assureurs, des souscripteurs qui couvrent tout le risque ; et, pour peu que ce risque soit important, il faut un certain nombre de souscripteurs. Les compagnies elles-mêmes, pour diviser et balancer leurs chances, ne s'engagent habituellement que dans une certaine proportion.

Le courtier cherche donc des assureurs, soit particuliers, soit en compagnie.

Il les prend et leur propose son risque, à la Bourse, chez eux ou ailleurs, partout où il les rencontre, n'importe l'heure ou le jour.

A mesure, chaque assureur, s'il agrée le risque et ses conditions, prend la plume, exprime la somme qu'il souscrit, et signe.

S'il signe purement et simplement, il adopte à plein, le contenu de l'acte imprimé et manuscrit.

Si certaines conditions ou clauses imprimées ou manuscrites ne lui agréent pas, et que le courtier agissant pour l'assuré y consente, l'assureur, avant de signer, exprime la modification ou la restriction accordées.

Et dès lors, ceux qui signent après lui, sont censés le faire aux mêmes conditions, à moins qu'ils n'expriment le contraire.

A mesure que chaque assureur souscrit le risque, le courtier lui remet pour mémoire une note ou bulletin, portant sa signature ou son paraphe, avec l'indication sommaire du risque assuré.

Quand la valeur ou somme complète est souscrite, ou s'il ne trouve plus de souscripteurs, l'officier clot sa police et la signe, sans que les parties soient présentes.

Il en note aussitôt les conditions dans son carnet ou main-courante, et ensuite sur le livre que la loi l'oblige à tenir régulièrement et jour par jour.

Enfin il délivre à l'assuré la police signée de lui et des assureurs, sans que l'assuré ait lui-même besoin d'y apposer sa signature, puisque le seul exemplaire qui en existe est mis et reste dans ses propres mains.

Ce mode de procéder offre assez de singularités pour avoir donné lieu à plus d'une observation, à plus d'une critique.

Les formules imprimées en ont été le premier objet.

Dès 1700, des compagnies d'assurances de Paris, voulant échapper aux suites de leur engagement, soutinrent que l'emploi de ces formules était illégitime et annulait le contrat.

Deux arrêts de l'Amirauté de Paris les proscrivirent en effet ; et Pothier, peu familier avec la pratique du contrat et ses nécessités, parut incliner pour ces décisions.

Mais au contraire Valin et Emérigon s'élevèrent vivement contre elles, et défendirent l'emploi de ces formules.

Elles sont en usage dès longtemps, disaient-ils, dans divers pays, elles subsistent et sont regardées partout comme valables.

Elles sont un besoin pour le commerce, et n'ont aucun danger réel pour lui.

Vous craignez qu'il ne puisse résulter de là une surprise pour les assureurs, que l'attention ne se porte pas sur ce qui serait d'avance tout dressé et tout imprimé.

Mais si la surprise est à craindre, ce n'est pas là qu'elle peut glisser, c'est bien plustôt dans les clauses manuscrites.

L'imprimé n'est que le sommaire, le relevé de ce qui est connu de tous, pratiqué par tous dans la localité où l'on traite; sans avoir à s'en expliquer, les parties sont censées s'être accordées sur tout ce qu'il contient.

Si l'imprimé et le manuscrit concordent, s'il n'y a entre eux rien d'inconciliable, ils subsistent également, et ont autant de force l'un que l'autre, ils forment un seul tout, leur réunion forme l'ensemble du contrat.

Si le manuscrit diffère de l'imprimé, c'est le manuscrit qui l'emporte; les parties ont voulu par celui-ci déroger à celui-là.

Et enfin si la souscription de l'assureur déroge, soit à l'imprimé, soit au manuscrit, cette souscription l'emporte sur l'un comme sur l'autre.

Des règles si simples et si connues ôtent au procédé suivi tout inconvénient et tout danger.

Et voici les grands avantages qu'on y trouve.

Il en résulte en effet pour les contrats accélération, pour les contractants économie d'un temps précieux ; car quelles longueurs n'entraînerait pas une rédaction minutieuse faite tout entière à la main, où des erreurs seraient d'autant plus sujettes à s'introduire.

Cela était décisif et l'est encore, et l'emploi des formules d'assurances n'est plus disputé nulle part (88).

L'usage licite s'en est même étendu à bien d'autres genres de transactions (89).

Mais d'autres objections, plus vives encore, sont faites encore au procédé toujours en usage, pour les assurances opérées par courtiers.

Une seule des parties, l'assureur, signe à la police, et on livre à l'assuré, qui ne signe point, l'original, c'est-à-dire le seul exemplaire qui soit dressé.

Cette pratique, dit-on, est contraire à toutes les règles ; il faut que chaque obligé signe à l'acte commun; c'est la signature de tous qui fait pour tous l'obligation.

Et le Code de commerce (art. 109) le veut lui-même ainsi, puisque énumérant ses divers moyens de preuve,

---

(88) Sous l'empire du Code de commerce la question s'est présentée encore quelquefois, mais la solution indiquée au texte n'a jamais fait sérieusement difficulté ; voy. Marseille, 22 sept. 1823 et 14 janv. 1839 (*J. M.* 4. 2. 161 et 19. 1. 124).

(89) A l'assurance terrestre d'abord ; voy. Rouen 4 avril 1845, et Cass. 1er fév. 1853 (D. P. 4. 39 et 1853. 1. 77).

il y comprend les *bordereaux ou arrêtés d'un agent de change ou courtier*, DUMENT SIGNÉS PAR LES PARTIES.

A cela, les réponses ne manquent point.

C'est la nature même de l'acte qui, de tout temps et partout, l'ont fait rediger dans cette forme admirablement appropriée à ses besoins, qui sont : simplicité, célérité, et souvent urgence.

Et c'est abusivement que l'on veut ici argumenter de l'article 109, qui, parmi divers moyens de prouver les *achats et ventes*, n'admet les borderaux ou arrêtés des courtiers que dûment signés par les parties.

La loi par là n'a pas voulu imposer à tout traité quelconque la nécessité d'une signature mutuelle, elle n'a eu en vue en principe que les achats et ventes spécialement ; et en admettant que sa disposition soit au fond générale, on ne peut par cela même, et sans tout confondre, étendre cela aux *assurances*.

Pour celle-ci, il existe des dispositions particulières, et, si l'on veut, exceptionnelles.

Ainsi, l'article 79 du Code dit des polices d'assurances,que *des courtiers en attestent la vérité par leur signature ;* ce qui suppose bien que cette signature a ici une force qu'elle n'a pas pour d'autres transactions.

Ainsi encore, l'article 332 veut qu'on exprime dans l'acte *le nom de l'assuré*. Pour quoi cela, si, comme l'assureur, cet assuré devait s'y nommer par sa signature ?

Le même article veut dans l'acte *la date du jour auquel il est* SOUSCRIT.

Ce mot suppose encore notre mode de contracter. C'est une vraie souscription à la proposition de l'assuré par l'agent qui a son ordre ou mandat, et qui le représente.

Le courtier y traite, y stipule ou promet, y signe enfin au nom et pour le compte de l'assuré.

C'est un contrat successif, ou plutôt ce sont plusieurs contrats successifs, car chaque souscription donnée sur le titre ou instrument, est une convention à part des autres, et peut être faite à d'autres conditions.

Et comment dès lors faire intervenir l'assuré et sa signature à chaque souscription recueillie, qui peut modifier le projet primitif ou la souscription précédente.

C'est donc par la force même des choses que le courtier traite et signe pour l'assuré.

Voyez d'ailleurs l'article 192 ; à son n° 8, il donne privilège sur l'objet assuré aux primes *constatées par polices ou* EXTRAITS DES LIVRES DES COURTIERS.

Voilà qui est bien plus fort, la loi donne même force qu'aux polices originales, au simple extrait du livre du courtier, bien que non signé d'aucune des parties.

Et cela répond encore au défaut de titre pour l'assureur tant reproché à la pratique suivie.

Le titre pour lui, si absolument il lui en faut un, n'est pas, il est vrai, dans la note indicative et informe que lui délivre le courtier, à mesure qu'il souscrit; cela n'a lieu, on l'a dit, que pour mémoire.

Mais ce titre est dans le livre du courtier, tenu en forme légale et probante.

Et remarquez que ce livre n'est pas seulement celui que le Code (art. 84) ordonne à tout courtier de tenir régulièrement, et dans lequel il lui commande déjà de consigner toutes les conditions des traités ou opérations qui se font par son ministère.

C'est bien mieux c'est; un registre tout spécial, coté et paraphé, tenu par jour, etc, où le courtier qui reçoit des *assuranres* est tenu de transcrire en entier toutes ses polices.

Ce livre spécial était prescrit par l'Ordonnance (art. 69), et sa disposition, bien que le Code ne l'eût pas rappelée, était considérée comme encore en vigueur, et pratiquée en conséquence par les courtiers.

Mais une loi sur *le timbre*, du 5 juin 1850, est venue lever tout doute à cet égard, en obligeant ces officiers à tenir un pareil registre, et à en délivrer dans de certaines formes des extraits ou expéditions (art. 47 et sq.; cpr. aussi loi du 25 août 1871, art. 7, décret du 25 nov. 1871, tit. I, art. 2).

Ainsi donc, indépendamment de la police originale, les parties ont dans ce registre un titre légal, auquel ils peuvent également avoir recours au besoin : l'assuré, si par hasard sa police venait à s'égarer, l'assureur, si sa prime n'étant ni payée ni réglée en billets, on s'avisait de la lui contester (90).

---

(90) Nous avons déjà signalé (t. II, p. 48, note 28) cette singularité résultant ici du défaut de signature de l'assuré ; nous n'avons rien à ajouter aux motifs si concluants apportés dans

Indépendamment de cela, quelle vertu, quelle force probante ont, en elles-mêmes, les polices reçues par courtiers, dans les formes que nous avons décrites ?

En général les actes des courtiers sont-ils des actes publics ou privés ?

Chose singulière, on a été, on est encore divisé à cet égard. Les uns y voient des actes publics, authentiques; d'autres n'y veulent voir que des écritures privées (91).

Et cependant pour fixer toute incertitude, il suffit de se demander ce que sont les courtiers.

Ce sont des officiers nommés par le chef de l'Etat, à qui ils fournissent des garanties morales et pécuniaires; ils recoivent de lui une commission, et exercent, à l'exclusion de tous autres, des fonctions déterminées par la loi et le titre de leur office.

Comment ne pas reconnaître là de vrais officiers publics, et comment dès lors n'imprimeraient-ils pas un

---

le texte à l'appui de cette pratique, si ce n'est que tout cela est consacré par une jurisprudence aujourd'hui assise, et est passé en quelque sorte à l'état d'usage commercial ; consult. entre autres Marseille, 29 oct. 1823; Rouen, 26 mai 1840 ; Marseille, 2 déc. 1874 *(J. M.* 5. 11, 19. 2. 171, 1875, 1. 77); conf, Bédarride, n° 1026.

(91) Voy. t. II, p, 50, note 29, les autorités citées dans l'un et l'autre sens ; *adde* dans le sens de l'authenticité de l'acte, Cass. 15 janv, 1873 *(J. P.* 1874, 650); Lemonnier, t. I, p. 34, n°s 40 à 56 ; Rolland de Villargues, v° *assurance*, n° 95 ; Massé, t. VI, p. 22, note 22 et sq.

caractère public, authentique, aux actes faits dans l'exercice de leurs fonctions?

On objecte à cela que les actes des courtiers ne confèrent pas hypothèque, qu'ils n'ont pas non plus exécution parée : deux privilèges réservés aux actes reçus par notaires.

Cela est vrai, du moins aujourd'hui chez nous, car autrefois les polices de courtiers, comme celles de notaires, y conféraient de plein droit hypothèque; on leur attribuait même exécution parée, bien qu'il y eût sur ce point quelque difficulté. A l'étranger on n'en faisait aucune (Emérigon).

Mais, pour n'avoir plus en France ces anciens privilèges, les actes des courtiers n'en sont pas moins toujours des actes authentiques.

Les actes notariés ne sont eux-mêmes qu'une espèce, dans les actes authentiques ; une foule d'autres entrent dans cette catégorie.

Quel est le premier caractère des actes authentiques, le caractère commun à tous les actes qualifiés ainsi? c'est de faire foi de leur contenu jusqu'à inscription de faux.

Ce caractère est indépendant de l'hypothèque et de l'exécution parée.

Ainsi sont bien authentiques : les *actes de l'état-civil*, la *transaction reçue par un juge de paix*, l'*exploit d'un huissier*, le *procès-verbal d'un agent de contributions, d'un préposé de douanes*, et autres.

Concluons que les polices par courtiers sont, non

des actes sous seing privé, mais des actes publics, authentiques.

Les auteurs admettent cela comme évident, et ceux même qui, comme Toullier et Pardessus, sont à cet égard un peu confus ou incertains, appellent pourtant les courtiers d'un nom expressif ; ils les appellent les *notaires du commerce* (92).

Venons en aux assurances par notaires proprement dits ; ce sont, comme on les définit, des officiers constitués pour donner aux actes le plus haut degré d'authenticité possible.

Leurs actes non-seulement font foi jusqu'à inscription de faux (c'est un caractère qui leur est commun avec les autres actes publics), mais encore confèrent hypothèque aux parties, quand elles en sont convenues ; mais encore ont exécution parée, par délégation de la puissance publique.

Mais, pour que les actes notariés soient valables comme tels, il faut qu'ils soient faits d'après certaines règles, et avec l'observation de formes rigoureusement prescrites par la législation.

Ces règles et ces formes ont de tout temps existé.

On les trouve résumées et renouvelées dans la loi organique du notariat, celle du 25 ventôse an XI.

---

(92) Voy. également au passage ci-dessus indiqué (texte et note) la complément de ces explications.

Or voici ses principales exigences, à remplir sous peine de nullité :

1° Le notaire instrumentant ne peut agir seul ; il lui faut l'assistance d'un second notaire ou de deux témoins;

2° Le contrat doit être fait dans un seul et même contexte ; on ne peut le faire à diverses reprises et en divers lieux. Tout doit se faire d'ensemble et de suite ;

3° Le contrat doit être signé, non-seulement par le notaire et ses témoins, mais encore par toutes les parties qui s'obligent. S'il y a empêchement, si quelqu'un ne sait ou ne peut écrire, il faut le déclarer expressément dans l'acte ;

4° Il faut que le notaire garde minute du contrat, c'est-à-dire qu'il reste dépositaire de l'original signé des parties, comme des notaires et témoins, sauf à en délivrer des expéditions aux intéressés.

Il n'y a d'exception à cela que pour les actes simples, ne contenant pas d'engagements réciproques, actes qui seuls peuvent être délivrés en *brevet*, c'est-à-dire en cédule ou feuille volante.

Mais dès lors, des contrats tels que des *assurances* pourraient-ils bien se faire par un véritable acte notarié ?

Que les notaires eussent le droit de recevoir ces contrats comme tous autres, cela résulte de la loi même de leur institution ; elle leur attribuait tous actes, sans exception, civils ou commerciaux.

Ils pouvaient donc bien recevoir un contrat d'assurance.

Mais dans quelle forme? En observant toutes celles que la loi leur imposait, et dont cette loi ne les dispensait pas plus pour l'assurance que pour les autres contrats de leur ministère?

S'il en était ainsi, il fallait qu'ils renonçassent à peu près à faire des assurances valables.

Je dis *à peu près*, car la chose n'était pas absolument impossible.

Il peut se faire que, dans tel cas donné, dans telle localité, un assureur et un assuré, maîtres de leur temps, s'étant abouchés, d'accord sur les conditions de leur marché, et voulant y ajouter toutes les garanties possibles (celle d'une hypothèque par exemple) se soient en effet rendus chez un notaire, et y aient contracté avec tout ce cortège de formes que commande sa loi.

Cela a pu se voir quelque part, à Paris du moins, où il est possible à de grandes compagnies de vouloir couvrir tout un risque, même considérable.

Mais partout en général, notamment à Marseille, les compagnies elles-mêmes ne souscrivent que partiellement; des assureurs particuliers, à souscriptions limitées, sont encore nombreux là et ailleurs.

Or cette nécessité de contracter avec un plus ou moins grand nombre, et de contracter successivement à diverses reprises, en divers lieux, à plusieurs heures, dans le même jour ou même pendant plusieurs jours, est incompatible, est inconciliable avec la rigueur des formes notariales.

Cette rigueur a bien été depuis mitigée, à certains

égards, par une loi du 21 janvier 1843, modificative ou explicative de celle de l'an XI ; mais il en reste toujours bien assez pour qu'un notaire ne puisse pratiquer les assurances maritimes, s'il veut observer les règles légales de son ministère.

Pour tourner la difficulté, qu'ont fait les notaires, qui pourtant ne voulaient pas s'abstenir de ces assurances ?

Ne pouvant pour ces actes rester vraiment notaires, ils se sont faits courtiers ; ils ont pris, non pas le titre, mais les fonctions de ces officiers ; ils ont procédé et contracté exactement comme eux.

Comme eux, ils ont reçu des assurés des ordres d'assurances, c'est-à-dire mandat de chercher et d'obtenir des souscriptions d'assureurs.

Comme eux, ils ont dressé l'acte d'assurance, en se servant de formules imprimées, dont ils ont rempli les blancs.

Comme eux, soit en personne, soit par leurs agents, ils se sont mis en quête d'assureurs, à la Bourse, à domicile, partout en un mot ; ils ont de même négocié avec les divers souscripteurs du risque.

Le risque couvert, il ont clos de même leur police, sans assistance ni concours de personne.

Et enfin, sans y faire non plus signer l'assuré, ils la lui ont délivrée en brevet, cédule ou feuille volante.

Emérigon nous apprend comment, dès une époque assez reculée, les notaires étaient parvenus, quant aux assurances, à transformer ainsi leur qualité ; comment,

à cet égard et dès cette époque, ils exerçaient concurremment avec les courtiers,de la même manière qu'eux; comment enfin la jalousie de métier, allumant des disputes entre les deux corps, les notaires furent maintenus en possession du droit que les courtiers leur contestaient.

C'est cet ancien état de choses qu'est venu rappeler et reconnaître l'article 79 du Code de commerce, lorsqu'il a dit que *les courtiers rédigent les contrats ou polices d'assurances concurremment avec les notaires.*

Il semble que, depuis lors surtout, il n'y avait plus lieu à dispute entre courtiers et notaires.

Et néanmoins, dans un temps qui n'est pas loin de nous (en 1831), un grave différend s'est élevé entre ces deux ordres d'officiers.

Un notaire de Marseille, attaqué par les courtiers pour avoir comme eux négocié et rédigé l'assurance, leur répond par le texte même du Code qui proclamait la concurrence.

Les courtiers répliquèrent :

Vous confondez deux choses distinctes : le courtage, l'entremise, les pourparlers qui précèdent et préparent l'acte, et la rédaction même de l'acte.

C'est la rédaction seule que l'article 79 vous accorde en concours avec nous.

Le courtage, la négociation n'appartient qu'à nous seuls ; nos lois d'institution nous l'attribuent exclusivement.

Ce n'est donc qu'en tant que les parties sont d'accord,

ou directement, ou par notre entremise, que vous pouvez user de votre droit de rédaction, si c'est à vous qu'on la demande.

Et d'ailleurs ce droit de rédaction, comment faut-il l'entendre ? C'est pour vous le droit de rédiger comme tout notaire est tenu de le faire, d'après la loi du notariat, avec toutes les formes qu'elle exige, pour que vos actes soient valables.

Les notaires répliquèrent à leur tour :

C'est de votre part une vraie dérision.

Si nous attendions chez nous qu'on nous demandât rédaction d'accords déjà conclus, et si d'ailleurs, en rédigeant, il nous fallait remplir les formes dont vous parlez, nous ne recevrions pas en cent ans un seul contrat de ce genre.

Vous voulez qu'on ne vienne à nous que lorsque, par vous, on sera déjà d'accord !

Mais, puisque vous pouvez rédiger aussi, et que vous le pouvez en formes plus sommaires que celles que vous exigez de nous, vous ne pourrez manquer de tout rédiger ; car qui voudra raisonnablement, à son désavantage, employer et rétribuer deux officiers publics au lieu d'un qui lui suffirait ?

Entendu dans votre sens, l'article 79 ne serait pour nous qu'une déception ; la concurrence qu'il accorde serait purement illusoire.

Pour qu'elle soit sérieuse, effective, il faut qu'elle nous mette en même position ; qu'elle autorise, pour

nous comme pour vous, le seul mode praticable et pratiqué de tout temps pour contracter une assurance.

Ce débat se vida à Marseille par un jugement du tribunal civil du 2 août 1831, qui donna gain de cause aux notaires ; les courtiers émirent appel, mais la Cour d'Aix par arrêt du 23 janvier 1832 confirma ; enfin le pourvoi en cassation fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 7 février 1833.

Ainsi la jurisprudence, expliquant ou complétant la loi, consacre pour les notaires, le droit de négocier ou contracter l'assurance, de la même manière et dans la même forme que les courtiers (93).

---

(93) M. Cresp ajoutait à ceci un paragraphe que, par une réserve facile à comprendre, il a supprimé depuis, et dans lequel il exprimait le vœu que les notaires renonçassent sous ce rapport à leur prérogative, et restassent, ainsi que leur dignité professionnelle le leur commandait, dans leurs attributions naturelles et normales. Il faisait remarquer, non sans raison, que le notaire, ne pouvant lui-même se déplacer et vaquer en personne à la négociation, était obligé de recourir à des intermédiaires (autres, bien entendu, que des courtiers), et prêtait par conséquent les mains à une transgression de la loi. Nous sommes heureux de constater que cela a été compris, et il est bien peu de notaires qui dressent aujourd'hui des polices d'assurances, dans les conditions indiquées au texte. Voy. cependant un jugement récent de Marseille, du 17 septembre 1877 *(J. M.* 1877. 1. 327), qui met dans son jour l'inconvénient de cette façon de procéder, et le peu de garantie qu'elle offre aux parties contractantes.

Quel est le caractère et quels sont les effets des polices reçues par notaire ?

Sur ce point encore, il y a eu des doutes et des variations bien étranges, de la part de l'autorité mal informée d'ailleurs de ce qui se pratique.

Mais, dans la vérité des choses, toute hésitation a dû finir ou finira par disparaître.

Bien évidemment les polices négociées et dressées par les notaires, exactement comme les courtiers, ne pouvaient être assimilés aux actes revêtus des formes et solennités du notariat.

Elles ne pouvaient avoir d'autre caractère et d'autres effets que ceux des polices que négociaient et dressaient les courtiers eux-mêmes.

Ainsi, comme ceux du courtier, les actes du notaire doivent faire foi ; la vérité en sera également attestée par sa signature, pour parler comme l'article 79 ; en ce sens ils seront aussi publics, authentiques.

Mais ces actes, non plus que ceux du courtier, ne confèreront hypothèque, ils n'auront point non plus d'exécution parée ; cet éminent degré d'authenticité ne peut être atteint que par l'accomplissement complet des constitutives du notariat.

Maintenant si, procédant comme le courtier, le notaire délivre sa police en simple brevet, s'il n'en garde pas minute, comme des actes qu'il reçoit régulièrement ; comment fera-t-on s'il arrive que l'assuré égare son seul original, ou que l'assureur ait à réclamer sa prime non payée où non réglée en billet ?

L'Ordonnance l'assimilant encore au courtier, commandait au notaire comme à celui-ci, de transcrire en entier ses polices dans un registre, dont l'extrait suppléerait au besoin au défaut de titre.

Le nouveau Code n'a pas reproduit cette prescription; et l'on pourrait douter de sa volonté de la maintenir à l'égard du notaire, en voyant l'article 192 § 8 ne parler que du *livre du courtier*, comme pouvant tenir lieu de la police.

Mais notaires et courtiers ont regardé également comme obligatoire pour eux le registre que l'Ordonnance imposait aux uns comme aux autres.

Au surplus la loi du 5 juin 1850 est venue expressément maintenir ou renouveller l'obligation de ce registre, pour le notaire aussi bien que pour le courtier.

En définitive, on est arrivé ou revenu à une entière et parfaite assimilation des notaires et des courtiers qui font des assurances; même négociation, même rédaction, mêmes formes et même force probante de leurs polices et de leurs registres, si besoin est d'y recourir.

Voilà, pour l'assurance proprement dite, quels officiers ont qualité pour procéder et dans quelles formes ils procèdent en effet.

Par quels officiers et dans quelle forme le *contrat de grosse* (si les contractants y veulent la forme publique) pourra-t-il et devra-t-il être rédigé ?

L'Ordonnance disait (art. 1er du titre) et le Code a répété dans son article 311, que ce contrat est *fait devant notaire ou sous signature privée*.

Ni dans l'une, ni dans l'autre loi, il n'est question des courtiers, et aucune autre disposition ne leur attribue ici le droit de rédaction.

En faut-il conclure qu'elle leur est interdite ?

Ils conviennent eux-mêmes en général que, si le courtage ou négociation de tout traité de commerce leur appartient exclusivement,ils n'ont droit de rédiger, de dresser l'acte constatant les accords qu'autant qu'une loi formelle les y autorise (*mém. des courtiers*, dans l'affaire sus-visée, p. 7, 30, 36, 37).

Cette autorisation légale existe bien pour les assurances dans l'article 79 ; mais il n'est là question que de l'assurance pure et simple, au titre où la loi s'occupe uniquement de celle-là. Personne, pas même les courtiers, ne l'entend autrement.

Pourquoi donc ces officiers se trouvent-ils exclus de la rédaction des contrats de grosse ?

Il y en a une raison sensible.

Ce contrat est bien véritablement une assurance : mais il en est une espèce particulière, moins usitée, moins utile, moins favorable que la pure assurance, qui d'ailleurs ne comporte et n'exige pas les mêmes procédés, qui ne suppose et n'entraîne ni l'accession d'un nombre de parties, ni la succession d'engagements à recueillir.

Ordinairement un seul preneur y traite avec un seul disposeur, pour des sommes bien inférieures à celles qu'on fait communément assurer.

Là point de contrats multiples et successifs ; nul besoin donc du courtier et de son office.

Il suffit du notaire, qui peut placer de l'argent comme en procurer, en matière commerciale comme en matière civile.

Aussi les courtiers n'y prétendent-ils point, ils avouent qu'en droit comme en usage, la rédaction publique des actes de grosse appartient aux notaires seuls (*mém.* p. 45).

Mais dans quelle forme ceux-ci devront-ils rédiger ces actes ?

Nécessairement dans la forme des actes notariés ordinaires, en se conformant à toutes les prescriptions de la loi du notariat.

Car il n'y a plus lieu ici à cette forme exceptionnelle, empruntée aux courtiers, pour les assurances proprement dites.

Plus de loi qui assimile le notaire au courtier, qui lui donne concurrence avec les courtiers ; il ne peut être que notaire, et ses actes que notariés.

Aussi affirme-t-on qu'en rédigeant le contrat de grosse, ils se conforment exactement à la loi qui les régit (*mém.* p. 45 et 46).

En gardent-ils minute signée des deux parties ? ils doivent être portés à s'en dispenser, comme étant dans l'exception faite par cette loi elle-même.

Si, à leurs, yeux le contrat de grosse est unilatéral, s'il n'y a point d'obligation du donneur, il n'y a nulle

nécessité de faire signer celui-ci, et l'on peut lui délivrer le brevet ou original signé du seul preneur.

N'y a-t-il chez nous que les notaires et les courtiers, quant aux assurances; que les notaires seuls, quant aux contrats de grosse, qui aient qualité pour recevoir ces contrats, et leur imposer un caractère d'authenticité ?

Oui, nul autre officier n'a juridiquement qualité pour cela, tant qu'on reste sur le territoire français.

Mais il faut bien songer au cas où des français, se trouvant à l'étranger, viendraient à y former des conventions de ce genre.

Sans doute ils sont libres d'y contracter sous signature privée, comme l'autorise leur loi nationale.

Sans doute encore, s'ils veulent contracter en la forme publique, ils peuvent le faire par le ministère de l'officier étranger qui, dans son pays, a caractère pour y procéder.

Mais, s'ils ne veulent ni de la forme purement privée, ni du ministère d'un officier étranger, à qui ces français pourront-ils s'adresser pour rendre leurs accords authentiques ?

Ils pourront alors s'adresser au *chancelier du consul de France* résidant dans le pays étranger.

Ce chancelier est un homme public, nommé et commissionné par son gouvernement, investi par lui de fonctions multiples et diverses.

Or, parmi ces attributions légales, est celle de recevoir les contrats de ses nationaux, et notamment leurs contrats commerciaux et maritimes.

Cette attribution et la forme dans laquelle elle doit s'exercer, étaient déterminés par l'Ordonnance de 1681, *tit. des consuls*, art. 24, 25 et 26.

Les assurances, reçues en cette forme par les chanceliers, étaient donc des actes publics, comme ceux des notaires et des courtiers.

Non plus que ceux-ci, les chanceliers n'étaient astreints de garder minute de leurs actes ; mais, comme eux, ils devaient tenir un registre légal qui pût au besoin suppléer au titre même.

Une formalité de plus leur était prescrite, l'assistance et la signature de deux témoins ; mais, cette condition remplie, leurs actes avaient la même valeur, la même force, la même autorité que ceux que passent en France courtiers et notaires, dans la forme qui leur est commune.

Le Code de commerce s'est tu sur les contrats maritimes qui seraient reçus par les chanceliers. En général ce Code, bornant sa vue au territoire, a eu le tort de ne pas s'expliquer sur les actes faits à l'étranger ; mais il ne suit pas de son seul silence qu'il ait entendu abroger ce qu'il a trouvé en pleine vigueur, s'agissant surtout du droit public et international.

Depuis, en 1838, des ordonnances sont intervenues sur les *consulats* ; mais par des motifs politiques que

notre temps a vu disparaître, elles ne parlent que timidement et d'une manière détournée, du droit de nos consuls ou chanceliers de recevoir les actes de leurs nationaux.

Nous n'hésitons pourtant pas à croire, avec Pardessus (t. VI, p. 274), que ce droit leur appartient aujourd'hui aussi pleinement qu'autrefois (94).

Nous sommes, je crois, bien fixés, sur la forme légale et usuelle de l'acte appelé *police d'assurance*, c'est-à-dire sur la forme externe, générale et d'ensemble de l'acte ainsi qualifié.

Maintenant il faut bien en venir aux détails, car tout ceci a son importance, et nous ne pouvons négliger aucune des formes particulières, non plus que des énonciations diverses qui sont énumérées dans notre article 332.

A cet égard, une observation à faire préalablement à celle-ci :

Pour aucune de ces formes ou énumérations spéciales, la loi n'a prononcé la nullité de l'acte, comme suite ou peine de l'inobservation.

Qu'en conclure ?

---

(94) Voy. comme complément de ces explications, la note 27, p. 40 du tome II, où la question du droit de nos agents à l'étranger se trouve examinée sous toutes ses formes, et traitée à fond.

Qu'on puisse pour toutes impunément s'en écarter, ou bien que, pour toutes, l'omission emporte nullité ?

Ces deux conclusions seraient également outrées et par conséquent fausses.

Tout le monde l'a de tout temps reconnu, et notre article le déclare lui-même, lorsque, par son paragraphe final, il autorise *toutes autres conditions dont les parties seraient convenues.*

Mais cette autorisation n'est que générale, indéterminée, et nécessairement sous la réserve de ce dont le contrat ne peut se passer.

Il faut donc, parmi les conditions tracées par la loi, en reconnaître et distinguer deux sortes différentes :

Les unes, essentielles à l'acte, tiennent à sa nature, à sa morale même, sont à la fois nécessaires à sa constitution, à son exécution. Pour celles-là nulle dérogation n'est possible, et l'omission entraîn nullité, bien que la loi n'ait pas expressément prononcé le mot ;

Les autres, conseils plutôt que prescriptions de la loi, usitées, convenables ou même utiles, mais sans lesquelles le contrat peut subsister et s'exécuter dans ce qu'il a d'essentiel. Pour celles-là, liberté est laissée aux parties d'omettre, déroger ou modifier.

En principe abstrait, cette distinction est facile à faire.

Mais la difficulté est d'en faire application aux nom-

breux et divers paragraphes dont se compose l'article 332.

Comment, dans cette série de conditions, reconnaître et trier en quelque sorte l'une et l'autre classe qui y sont mêlées et confondues.

Quel vaste champ ouvert aux disputes et aux divergences !

Aussi, dans le temps, le plus élevé de nos corps judiciaire voulait-il qu'on en tarît la source.

Dans ses observations sur la loi en projet, la Cour de cassation proposait de distinguer expressément entre les conditions essentielles, dominantes et celles qui ne le seraient pas.

Au Conseil d'Etat, on recula devant la proposition, et, par un procédé commode, mais dangereux, on s'en remit à la doctrine et à la jurisprudence.

Nous voilà donc obligés de voir, par nous-mêmes, ce qu'il en est et ce qu'il en doit être.

Heureusement sur des points si délicats et si débattus, nous aurons pour guide et pour lumière les principes fondamentaux que nous avons préalablement posés, savoir : que *l'assurance ne peut être un pari pur et simple*, que *l'assuré doit avoir vraiment intérêt à la chose qui en est l'objet et au risque que court cette chose*, que *le contrat ne peut jamais être, pour cet assuré, un moyen d'acquisition ou de bénéfice, mais seulement de conservation ou d'indemnité* ; qu'enfin *la bonne foi la plus pure, l'égalité la plus parfaite est de l'essence du contrat*, en sorte que toute réticence ou

fausse déclaration, pour peu qu'elle puisse influer sur l'opinion du risque, est une cause radicale de nullité.

C'est, en ayant de ces grandes règles, un souvenir toujours présent, qu'on peut parvenir à surmonter les plus graves difficultés du contrat, à reconnaître ce qui en est légalement exclu ou ce qu'il est permis d'y omettre, ce qui doit légalement y entrer ou ce qu'il est loisible d'y introduire.

Un des premiers paragraphes de notre article porte que le contrat d'assurance *ne peut contenir aucun blanc.*

Les motifs et le sens ont besoin d'en être bien saisis.

En général rien n'est plus dangereux, dans la rédaction des actes, quels que soient leur forme et leur objet, que d'y laisser des lacunes ou espaces vides.

C'est s'exposer aux abus que pourraient en faire la partie ou le dépositaire, en y inscrivant après coup des clauses ou conditions étrangères ou même opposées à la volonté de l'autre contractant.

Aussi, pour tous actes généralement, les blancs ont été condamnés.

La loi du notariat de l'an XI (art. 18) prescrit aux notaires d'écrire leurs actes en un seul et même contexte, *sans blanc, lacune, ni intervalle* (cpr. aussi cod. com. art. 10).

Et l'on a, sans difficulté, étendu la défense des blancs aux courtiers, qui, officiers publics dans les actes de leur compétence, font office, on le reconnaît, de notaires.

Mais, la prohibition en étant ainsi générale, pourquoi la loi a-t-elle cru devoir les prohiber particulièrement en matière d'assurance, quel que fût l'officier qui operât, sans distinguer la forme publique de la forme privée donnée à la police ?

En cela le législateur s'est proposé un but spécial, il a voulu atteindre et réformer un abus enraciné dans la pratique de ces contrats.

J'ai dit que notaires et courtiers se servaient de formules imprimées, en remplissaient les blancs des conditions particulières à chaque risque, et qu'ils présentaient la police ainsi toute rédigée à la signature successive des assureurs.

Par là, il faut le dire, j'ai rappelé, moins ce qui se pratiquait en effet, que ce qui devait et était censé se pratiquer.

Et voici, dans la vérité, comment on a longtemps procédé, comment on procédait naguères, et comment on procède peut-être encore à cette heure dans plus d'une de nos places de commerce.

Le notaire ou courtier prend une formule imprimée. Sans rien écrire à l'intérieur, il plie sa feuille et, sur le revers, il cote brièvement les points généraux du risque, c'est-à-dire qu'il y jette quelques mots indiquant l'objet assuré, le voyage, etc.

Il la présente ainsi aux assureurs.

Le premier qui signe, indique la somme qu'il souscrit, la prime, la date.

Les autres ne font qu'indiquer la somme qu'ils sous-

crivent, s'en référant pour la prime et la date à la première souscription, à moins qu'ils ne conviennent avec l'officier d'une prime différente ou de quelque clause particulière, prime ou clause qu'alors ils ajoutent à leur signature.

Et les voilà liés.

Tous s'engagent donc, sans contrat rédigé, sur la foi de la cote et d'une note ou bulletin tout aussi sommaire, qu'on leur remet pour mémoire.

Une telle manière de procéder, usitée dès les temps les plus anciens, ne pouvait manquer d'être condamnée par les lois.

L'Ordonnance de la marine (art. 68 des *assur.*) défendit aux notaires et courtiers de faire signer des polices *où il y eut aucun blanc, à peine de tous dépens, dommages-intérêts.*

Cette défense fut rappelée par lettres patentes portant Règlement, du 29 mai 1778, où, ajoutant à l'Ordonnance, on prononça des peines plus graves, soit contre l'officier, soit contre tous ceux qui auraient pris part à la contravention.

Ces défenses et ces rigueurs furent vaines.

Voici en effet ce que nous lisons dans Emérigon (t. I, p. 47) : *Parmi nous les assureurs ne lisent et ne peuvent même lire que ce qui est écrit sur le revers de la police, car, pour l'ordinaire, l'intérieur est en blanc. Le courtier le remplit dès qu'il en a le loisir.*

L'auteur déplorant cette obstination illégale, est obligé d'ajouter : *l'abus subsiste et subsistera peut-être toujours à Marseille.*

Et en effet l'abus s'y est perpétué ; c'est ainsi qu'on a continué de procéder généralement, presque universellement.

Même usage à Bordeaux, ainsi que le constate Lemonnier (t. I, p. 53 et sq.) (95).

Que penser d'une pratique aussi générale et aussi persistante, malgré la proscription dont les lois l'ont constamment frappée ?

Quel motif ou quelle excuse peut-elle avoir ?

C'est, nous dit-on, la rapidité que le commerce exige dans ses opérations ; c'est, nous dit Emérigon lui-même, *la multiplicité et l'urgence des assurances qui se font à la Bourse.*

Il faut avouer, dit-il encore, *qu'il est des moments critiques qui paraissent ne permettre aucun délai.*

Mais, ajoute-t-il aussitôt, *ces considérations ne sauraient jamais légitimer un usage aussi irrégulier que dangereux.*

Voyez en effet quelles en sont, ou peuvent être les conséquences.

L'officier qui procède est mis en possession du blanc seing des assureurs ; il peut donc le remplir quand il voudra, de la manière et au moment que l'intérêt de l'assuré et les circonstances lui indiqueront.

---

(95) Voy. aussi l'ouvrage récent d'un autre jurisconsulte Bordelais, M. Labraque-Bordenave, *Traité des assurances maritimes,* p. 54, n° 126.

Il peut différer sa rédaction plusieurs jours, des semaines, des mois entiers.

Il peut attendre l'évènement, perte ou arrivée, et alors arranger et dresser sa police en conséquence, pour endosser la perte à l'assureur ou le frustrer de la prime.

Cela s'est vu, et plus d'une fois, au témoignage d'Estrangin (p. 311), quoiqu'en puisse dire Dageville (p. 33).

Moi-même, plus d'une fois, j'ai reçu à ce sujet les plaintes des assureurs.

J'ai même entendu citer l'exemple de tel courtier qui disait dans sa franchise : Jamais mes polices ne donnent lieu à procès, ni à contestation ; toujours je les rédige après l'évènement et en conséquence de l'évènement.

En effet, qui le gênerait ? serait-ce la cote, billet ou bulletin en usage ?

Mais ce sont des notes informes, jetées en courant, à peine lisibles, ou les mots, sans liaison entre eux, ne figurent que par abréviation.

Quel caractère, quelle force légale cela peut-il avoir?

Est-ce bien de là que peut sortir l'engagement, qu'on peut induire ses complets et véritables termes ?

Y aurait-il plus de garantie dans le registre où le notaire ou courtier doit transcrire toutes les polices qu'il reçoit ?

Oui, si ce registre était toujours tenu conformément à la loi, c'est-à-dire si l'officier y portait ses polices *jour par jour, sans rature, interligne, lacune ou transposition.*

Mais si l'officier se permet de faire signer un contrat avant toute rédaction, pourquoi mettrait-il plus de scrupule et de régularité dans la tenue de son registre ? Pourquoi s'abstiendrait-il d'y porter *après coup* des actes qu'il aurait dressés *après coup* ?

Cependant, après l'évènement, voilà l'assureur à qui l'on représente une police remplie, où il trouve autre chose que ce qui a été effectivement convenu ; il peut même, si l'on veut, y signaler quelque chose de non conforme à la cote, billet ou bulletin dont j'ai parlé. En serait-il plus avancé ? Bien évidemment, ces notes ne peuvent prévaloir sur la police en bonne et due forme qui lui est représentée.

Que fera donc l'assureur ? Attaquera-t-il cette police comme faite depuis la signature, ou même l'évènement?

Mais comment prouvera-t-il qu'elle a été remplie après plutôt qu'avant ?

A défaut d'autre moyen, aura-t-il recours à la preuve par témoins ?

Mais, en eût-il à produire, l'acte a en sa faveur la présomption de vérité, de régularité ; il fait preuve par lui-même.

Il faudrait une preuve contraire, de même nature, également écrite et formelle.

Eût-on même en fait une vraie preuve écrite, à quoi cela pourrait-il servir en droit ?

L'assureur peut-il jamais être recevable à se plaindre, à exciper d'un vice qu'il a connu, consenti, auquel il a lui-même participé ?

Vous vous plaignez, lui dira-t-on, d'un acte dressé inexactement et après coup ; mais il dépendait de vous de l'éviter, vous vous y êtes volontairement exposé ; c'est un risque de plus que vous avez bravé et accepté.

Vous vous êtes mis à la discrétion de l'assuré ou de son agent, de votre plein gré, vous lui avez donné carte blanche ; vous l'avez autorisé à vous engager comme il l'entendrait ; n'imputez qu'à vous-même ce qui en résulte contre vous.

« Mais c'est contraire à la loi, et on viole sa prohibition ! » Oui, mais cette violation est l'ouvrage des deux parties, de vous comme de l'assuré, et vous ne pouvez pas plus que lui vous faire une arme de la fraude commune à la loi.

Les jurisconsultes, et parmi eux, Emérigon, se sont ainsi prononcés contre l'assureur réclamant.

Ajoutons au surplus (et c'est aujourd'hui une opinion générale) que les blancs-seings, librement confiés, ne sont pas par eux-mêmes contraires à l'égalité ni au droit. On l'a bien jugé, notamment en matière de *change*, matière tout aussi rigoureuse, plus rigoureuse encore que la nôtre.

La cour de Bordeaux l'a ainsi jugé (en 1822), précisément pour des assurances signées en blanc ; son arrêt reconnaît l'existence de l'usage ; il le qualifie d'abusif et de dangereux, mais il n'en décide pas moins que les assureurs, y ayant souscrit, sont obligés d'en subir les conséquences.

A Marseille aussi, en même matière et dans des cas

analogues, les juges de commerce ont bien montré qu'ils n'avaient pas un avis différent (96).

Vingt fois, dans mon exercice au barreau, les assureurs de Marseille ont voulu me faire soulever la question devant notre cour.

Toujours je m'y suis refusé et les en ai détournés. Je leur ai dit : Vous succomberez ; on ne vous admettrait pas à exciper d'une contravention qui vous est imputable et commune avec l'assuré.

Vous ne cessez de dire qu'on vous a trompés de cette manière. Le remède, seul possible, est de ne plus signer en aveugles ; concertez-vous donc pour refuser absolument votre blanc-seing.

Ces conseils n'ont pu l'emporter sur la force d'une vieille habitude, ou sur la difficulté de s'entendre pour la reformer ; l'usage a persisté, ainsi que le prédisait Emérigon, dont le blâme était impuissant, comme celui de la loi elle-même, comme celui de tout le monde.

Mais heureusement enfin, l'on m'assure que depuis peu le mal va en s'affaiblissant et semble tendre à disparaître.

Les assureurs particuliers, nombreux et divisés, n'avaient pu pour cela s'accorder entre eux. On dit que des compagnies d'assurances, plus soupçonneuses ou mieux avisées, n'ont plus voulu s'engager qu'à bon

---

(96) Voy. les décisions ci-après citées.

escient, ont refusé leur signature à des polices non dressées, non remplies.

Leur exemple entraînera, il faut l'espérer, les autres associations d'assureurs, et ceux qui se livrent isolément à ce genre d'opérations (97).

Tel est le but primordial qu'en proscrivant les blancs, la loi s'était proposé, que, longtemps au moins, il lui a été impossible d'atteindre.

Mais elle a eu encore un autre objet qu'il reste à expliquer.

Même en procédant régulièrement, même en rédigeant avant toute signature la police manuscrite, il peut se faire que le rédacteur laisse encore quelque vide ou lacune.

La rédaction peut bien ne pas arriver tout juste à la fin de l'espace laissé par la formule imprimée.

Alors il est possible que l'officier ou les parties négligent la précaution qu'on leur conseille prudemment de tirer sur le blanc qui reste des traits de plume, des lignes ou barres transversales.

Il peut se faire encore qu'au moment de la rédaction, souvent pressée, on manque de certains renseignements pour telle indication ou telle clause qu'on veut y

(97) Nous pouvons ajouter, à l'appui de cette observation, que depuis longtemps les recueils judiciaires ne portent plus la trace de contestations nées à l'occasion des blancs.

insérer, et qu'en conséquence on laisse en blanc l'espace nécessaire pour l'inscrire ultérieurement.

Si, après l'évènement, on représente la police parfaitement remplie, l'assureur ne peut se plaindre qu'on ait rempli après coup le blanc qu'on avait d'abord laissé, soit dans le corps de l'écrit, soit à la fin; il y serait non-recevable, lors même qu'il dirait que sa signature a précédé toute rédaction ; bien moins encore y serait-il admis, lorsqu'il ne s'agit que d'une lacune dans la rédaction antérieure à la signature.

Mais supposons que la police soit représentée dans son état primitif, avec le blanc laissé dans sa rédaction?

Que décider dans ce cas ? Y aura-t-il nullité ? En général un acte sera-t-il nul, par cela seul que les parties ou l'officier employé par elles, y aurait laissé un intervalle dans l'écriture ?

Cela serait bien rigoureux, car la prohibition est ici préventive; le blanc n'est ici défendu que dans la peur qu'on en abuse. En fait l'abus n'a pas eu lieu, puisque le blanc subsiste encore tel quel ; pourquoi dès-lors annuler ?

Aussi voyez la loi de l'an XI, sur les blancs prohibés aux notaires.

Pour d'autres vices de leurs actes, elle frappe de nullité. Mais pour celui-ci, elle se borne à prononcer 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant.

Pour les assurances spécialement, nous avons vu l'Ordonnance de 1681 (art. 68) porter défense à tout notaire et courtier de faire signer des assurances où il y

ait aucun blanc, *à peine de tous dommages-intérêts.*

Toute la peine tombait donc sur l'officier contrevenant, rendu responsable envers les parties du préjudice que le blanc laissé leur causerait.

Mais cela étant resté sans effet par la connivence des parties, on voulut plus tard atteindre les parties elles-mêmes.

En conséquence, le règlement déjà indiqué du 29 mai 1778, après avoir, par ses articles 9 et 10, renouvelé la défense, soit de faire signer des polices non rédigées, soit de laisser aucun blanc dans leur rédaction, statuait ainsi par son article 11 : *Tout négociant, notaire, courtier ou autre personne qui aura pris part à quelqu'une des contraventions mentionnées aux deux articles précédents, ou qui aura prêté son nom pour les commettre,* SERA DÉCLARÉ NON-RECEVABLE EN TOUTE ACTION RÉSULTANT DES POLICES D'ASSURANCE, *et condamné à une amende de* 300 *livres qui sera doublée en cas de récidive* (dans Emérigon, ancien. édit., additions t. II, p. 609).

Il y avait là, comme on voit, indépendamment de l'amende, annulation du contrat même, prononcée contre tous les participants, à raison du blanc, quel qu'il fût, laissé dans une police ; loi rigoureuse restée sans effet sous l'ancien régime, et que le nouveau a mise à néant.

Car tout cela a disparu devant les nouvelles lois ou règlements sur les notaires et courtiers, ainsi que sur les *assurances.*

Il n'en est resté que la prohibition générale des blancs dans les actes notariés, et la prohibition spéciale des blancs dans les polices d'assurances : l'une à peine de 100 francs d'amende contre le notaire contrevenant, l'autre restée sans aucune sanction pénale.

En l'état impossible donc, par cela seul qu'il y a un blanc, d'annuler une police, quelle que soit sa forme publique ou privée.

Mais prenez garde à une chose.

Quand j'ai dit que, malgré l'existence des blancs dans une police, cette police n'était pas nulle pour cela, j'ai supposé que le contrat avait d'ailleurs tout ce qui est nécessaire pour constituer ou exécuter une assurance.

Car (remarquez ceci) si, par hasard, le blanc laissé et non rempli était destiné à recevoir telle clause ou telle énonciation nécessaire à la perfection ou à l'exécution de l'acte, qui peut douter que l'acte dût être annulé ?

Il le serait, non pas précisément parce qu'il y aurait un blanc, mais parce qu'il y aurait omission, absence d'une chose essentielle, sans laquelle l'acte ne peut subsister ni s'exécuter.

Cette remarque et cette distinction ont été faites par les auteurs (Locré, t. IV, p. 11 ; Boulay-Paty. t. III, p. 438 ; Lemonnier, n° 60) (98).

---

(98) *Adde* Bédarride, n° 1034 ; Caumont, *op. cit.* n° 41 ; ces divers points sont du reste de doctrine générale.

Et elles ont été adoptées par la jurisprudence ; nous lisons en effet dans un jugement de Marseille et dans dans un arrêt d'Aix qui le confirme que *le blanc laissé dans la police d'assurance, quoique toujours suspect, ne rend pas cependant cette police nulle, quand il n'emporte pas l'omission d'une clause substantielle à l'acte*, etc. (99).

Quoique toujours suspect, là est la punition justement infligée à l'assuré, qui est surtout en faute, parce qu'il propose sa police à l'assureur et la garde en ses propres mains.

Cette suspicion fera que les pièces et attestations qu'il a à fournir pour que son contrat lui profite, seront examinées et jugées avec plus d'attention et de rigueur que s'il eût procédé régulièrement.

Passons à un autre point, *la date du contrat* : point bien important, qu'on peut dire capital en cette matière, sur lequel notre loi statue en ces termes : *le contrat d'assurance est daté du jour auquel il est souscrit*; — *il y est énoncé si c'est avant ou après midi.*

La date des actes s'entend communément de l'indication de l'époque où ils ont été passés.

---

(99) Marseille, 6 mars et Aix, 29 avril 1823 ; en ce sens aussi Marseille, 27 janv. 1827, 16 juin 1831, 17 juillet 1838 (*J. M.* 4. 1. 161, 8. 1. 56, 12. 1. 193, 17. 1. 212. — Dalloz, *Répert.*, v° *cit.* n° 1472).

Mais elle peut en outre embrasser l'indication du lieu où ces actes ont été passés.

Généralement pour les actes publics, la date est de nécessité, et la date entendue dans l'un et l'autre sens : sous le rapport du temps, sous le rapport du lieu.

La loi organique de l'an XI (art. 12) commande aux notaires d'énoncer *le lieu, l'année et le jour* où leurs actes sont passés.

Bien d'autres lois ou règlements commandent ou supposent la même énonciation dans tout acte émané d'un officier public.

Quant aux actes sous seing privé, comme ils sont par eux-mêmes affranchis de toute formalité, il est vrai de dire qu'en général, il n'est pas nécessaire d'y mentionner la date du temps ni celle du lieu, bien que la prudence conseille d'y faire cette énonciation pour écarter les soupçons ou l'incertitude sur la capacité de ceux qui s'y obligent ou y disposent.

Mais à cette liberté il est des exceptions.

Certains actes civils ou commerciaux, quoique purement privés, ne peuvent se passer d'une date bien formelle.

Tels sont, au civil, le *testament olographe*, les *obligations pour cause civile, mais conçues en forme négociable*.

Tels sont, au commerce, les *lettres de change*, les *billets à ordre ou au porteur*, leurs *endossements*, *acceptations*, etc.

Et pour cela il n'est pas même nécessaire que la loi ait dit : datez votre acte, à peine de nullité.

Il suffit que, de ses dispositions, de son économie, de son esprit, il résulte que, sans date, tel acte ne puisse valablement exister et s'exécuter.

Venons-en au contrat d'assurance.

Autorisant en cette matière la forme publique ou privée, l'Ordonnance n'avait pas cru devoir parler expressément de la date, attendu que la nécessité en ressortait de toutes les règles et de la nature même de la convention.

Le Code, sur la demande de la Cour de cassation (Locré, *op. cit.*, p. 5), a jugé utile et convenable de prescrire formellement la date à tout acte ou police d'assurance, sans aucune distinction entre la forme publique et la forme privée, qu'elle autorise également.

Un premier point est donc acquis : toute police doit être datée, qu'elle soit reçue par notaire ou par courtier, et quelle soit sous seing privé.

La loi même ne se contente pas de l'indication du jour, elle veut de plus qu'on indique la partie du jour, *si c'est avant ou après midi*.

Et en cela, elle va plus loin, elle exige plus de précision que dans les actes notariés ordinaires, puisque la loi de l'an XI se contentait de l'indication du jour. Pour les testaments en particulier, les notaires sont dans l'usage d'indiquer l'heure, précaution suggérée par ce que de telles circonstances présentent de délicat ; mais cela ne leur est nullement imposé.

Ici la loi est plus exigeante, même pour les actes de simples courtiers, même pour les actes privés.

Et nous verrons si, en outre de l'époque précise, elle n'a pas entendu aussi prescrire l'indication du lieu où le contrat serait passé.

Pour le moment, bornons-nous à demander : si, dans une police, il y a omission de la date du temps (jour et partie du jour) le contrat serait-il nul pour cela?

Cette question est déjà assez grave et très-peu fixée encore.

L'omission de date est une de celles auxquelles la Cour de cassation voulait, dans le temps, qu'on attachât la peine de nullité.

La loi ne l'a pas prononcée en termes formels, mais cela importe peu, car elle ne l'a exprimée pour rien, même pour ce qui est le plus incontestablement de l'essence du contrat. Et pourtant tout le monde convient qu'il y a des omissions qui annulent.

La règle admise par tous, c'est qu'il y a nullité, quand la chose omise était essentielle au contrat ou nécessaire à son exécution.

Le tout est donc ici de savoir si cela est applicable à la *date*, et à la date précise de l'assurance, quelle qu'en soit d'ailleurs la forme, publique ou privée.

Remarquons, quant aux notaires, que déjà leur loi organique (art. 12) soumet, *à peine de nullité*, tous actes reçus par eux à énoncer l'année et le jour du

contrat ; pour les assurances, ces officiers doivent s'y conformer, comme pour tous autres actes.

Et peu importe que leur assimilation aux courtiers, en cette matière, les ait dispensés de certaines formes du notariat, prescrites aussi à peine de nullité, mais qui étaient inconciliables avec la forme exceptionnelle de ce contrat, et la concurrence accordée avec courtier.

Il n'en peut être de même de la date, que rien de pareil ne les a autorisés à omettre : leur loi les suit partout, pour la date et la nullité qu'emporte l'omission, comme pour les blancs et l'amende encourue, s'ils en ont laissé.

En sorte que la question subsiste ici pour les notaires eux-mêmes, comme pour les courtiers, comme pour les parties qui ont contracté sous seing privé.

Voyons donc si, quelle que soit d'ailleurs la forme de la police, une date complète précise ne lui est pas essentielle, n'est pas indispensable à sa légitimité et à son exécution, plus que pour tout autre contrat.

1° La date et sa plus grande précision possible tiennent à la nature intime du contrat, elles importent à la morale et à l'ordre public.

Le contrat est essentiellement aléatoire, le risque est sa matière même, et ce risque doit être réel, autrement il y aurait gageure.

Le contrat peut bien porter sur une chose déjà périe, sur un risque déjà cessé par la perte et l'arrivée, mais en tant que les parties sont de bonne foi, ignorent également l'évènement.

Si, au moment où le risque est souscrit, l'évènement qui l'a éteint est connu de l'une, en droit comme en fait il n'y a plus de matière, la nullité est radicale; c'est une tromperie, une *escroquerie*.

Comment, sans date au contrat, reconnaître et atteindre cette nullité, cette fraude, ce délit ?

2° Pour l'atteindre autant que possible, la loi a établi une présomption *juris et de jure*.

Si, au moment de la signature, en comptant une lieue et demie par heure, la nouvelle de l'évènement a pu arriver du lieu où il s'est passé au lieu du contrat, la loi présume que cette nouvelle y est en effet parvenue avant le contrat, et annule l'assurance, tout comme s'il y avait preuve et certitude de la connaissance antérieure.

Or, sans date au contrat, comment y aurait-il jamais lieu à cette présomption ? le but serait manqué et la disposition éludée.

3° La parfaite égalité entre les parties est de l'essence du contrat ; relativement au risque, toute circonstance connue de l'une au moment du contrat, et qui aggrave son opinion, doit l'être également de l'autre (art. 348).

Or, sans date, il n'y aurait jamais reticence ; on en serait quitte pour dire : j'ignorais encore la circonstance aggravante au moment où nous contractions.

Voilà pour les parties entre elles, c'est-à-dire quand la question s'élèvera entre l'assureur et l'assuré à la même police.

Mais qu'en sera-t-il à l'égard des tiers, c'est-à-dire

quand la question s'agitera entre assuré ou assureur au même acte, et les assureurs à des polices différentes?

Il est un principe fondamental, c'est que l'assurance ne doit pas dépasser la valeur de l'objet en risque, qu'elle ne vaut que jusqu'à concurrence, si d'ailleurs l'assuré est de bonne foi.

On peut faire plusieurs assurances, plusieurs polices sur le même objet, sur le même risque : mais il faut que toutes réunies elles ne dépassent pas la valeur réelle en risque.

S'il se trouve que par une erreur ou ignorance de l'assuré, il y ait excès, il y a lieu en maintenant celles des assurances qui ont un aliment, à annuler celles qui portent sur l'excédant.

Quel ordre suit-on? *l'ordre des dates.*

Les premières sont maintenues comme ayant un aliment; les dernières sont annulées à prorata.

Or, sans date, et sans date bien précise apposée à toutes les polices, comment régler et exécuter cet ordre de ristourne?

Voilà divers motifs, tous puisés dans l'essence et les nécessités du contrat, qui établissent universellement que, pour sa validité et pour ses effets, il doit indispensablement être daté.

Et ces mêmes motifs établissent qu'il ne lui suffit pas d'une date vague, approximative, flottant dans la période d'un jour, comme pour les actes ordinaires.

Il faut, autant que possible, l'heure même, le moment précis où l'on contracte, où l'on signe ; car c'est à cet

instant même qu'il faut se reporter, pour savoir si le contrat est nul pour connaissance antérieure, soit de l'évènement, soit d'une circonstance influente.

C'est à cet instant même que se rapporte la présomption de la lieue et demie par heure.

C'est cet instant même qui décide l'ordre du ristourne entre plusieurs assureurs.

Et cela ressort tellement de la nature des choses que l'Ordonnance n'avait pas cru nécessaire de s'en expliquer ; elle ne supposait pas même possible une assurance sans date.

Par ce même motif, les auteurs du projet du Code n'en parlaient pas d'avantage.

C'est pour déférer aux réclamations de la magistrature qu'ils consentirent à ajouter à leur première rédaction l'expression dans l'acte, non seulement du jour, mais de l'*heure* même du contrat.

Qu'arriva-t-il au Conseil où le projet ainsi amendé fut mis en discussion ?

On y convint sans difficulté que l'époque du contrat, le point fixe, l'heure même de cette époque seraient nécessaires à établir pour les parties et pour les tiers ; que la force des choses induisait à imposer le devoir d'indiquer l'heure précise où le contrat serait souscrit.

Mais on considéra d'autre part que la stricte sévérité des principes devait s'accomoder aux formes larges et faciles du commerce, et qu'on ne pouvait exiger dans la pratique, sans beaucoup d'inconvénients, une précision

plus grande que l'indication de la partie du jour (Locré, *loc. cit.*).

Voilà pourquoi en définitive la loi n'a pas imposé l'expression de l'*heure fixe*, mais seulement du jour, dans la condition d'énoncer *si c'est avant ou après midi*.

Des dispositions de la loi et des motifs qui en ont été donnés, il résulte évidemment selon nous :

1° Que le législateur, en exigeant la date du contrat, l'a bien considérée comme nécessaire et indispensable, comme tenant aux principes de la convention même, à son essence, comme devant par conséquent, par son omission, la priver de sa validité ;

2° Que dans sa pensée la désignation de la partie du jour n'est pas moins essentielle que celle du jour lui-même : ce n'est même là qu'une concession faite par la loi aux convenances du commerce, à la facilité de la pratique. Si elle n'eût été faite, la rigueur des principes eût exigé plus, l'indication de l'heure même et du moment précis.

Remarquez en effet que la loi est allée jusque-là, a poussé jusqu'à ce point de rigueur, en établissant sa présomption de connaissance de l'événement antérieur au contrat ; car là elle compte bien précisément d'heure à heure, de moment à moment. Si, une minute avant la signature, le moment qu'elle détermine est écoulé, la présomption légale est acquise.

Et c'est ici l'occasion de dire que le législateur a entendu comprendre aussi, dans la date qu'il exige, l'indication du lieu où l'on contracte; car cette indication est aussi nécessaire pour sa présomption de la lieue et demie par heure ; présomption qui repose sur un calcul des distances entre le lieu de l'événement et le lieu du contrat.

L'indication de ce lieu du contrat a d'ailleurs grande importance sous d'autres et divers rapports.

En général, ponr tout acte que reçoit un officier public, cette indication constate sa compétence ; car cet officier n'a pas qualité pour instrumenter partout, mais seulement dans son ressort. Aussi la loi du notariat a-t-elle exigé que le lieu fût indiqué, tout aussi bien que le temps.

En particulier pour l'assurance, qu'elle soit d'ailleurs publique ou privée, la date du lieu importe encore beaucoup sous le rapport des coutumes locales, des conditions les plus en usage, qui servent, au besoin, à expliquer, à interpréter, à suppléer même la stipulation des parties, qui serait incomplète ou obscure.

La date du lieu importe encore beaucoup sous le rapport de la juridiction ; car, en cette matière, un principe certain et non contesté, c'est que le juge du lieu où le contrat a été passé est le juge compétent pour vider toute contestation qui pourrait naître de ce contrat.

Enfin, aux nombreux motifs qui, pour notre contrat,

font de la date, telle qu'on doit l'entendre, une rigoureuse nécessité, est-il besoin de joindre encore celle-ci :

En matière d'assurance et de contrat de grosse, et pour la prescription des actions qui en dérivent, la loi n'a pas voulu rester dans les termes du droit commun ; elle a établi contre toute action pareille une prescription particulière et de courte durée, qui s'accomplit par le laps de cinq ans (Cod. com., art. 432).

Son intention a été d'empêcher que de tels contrats restassent trop longtemps incertains et suspendus dans leur solution et leur liquidation, de donner au contraire au commerce toute facilité, toute sécurité pour multiplier ses expéditions et passer rapidement de l'une à l'autre.

Or, cette prescription de cinq ans, elle la fait courir de la *date du contrat*.

Si donc le contrat pouvait manquer d'une date, il s'ensuivrait que, pendant trente ans entiers, les parties resteraient sous le coup d'actions réveillées à l'improviste, quand le temps aurait affaibli ou même annulé les moyens ou exceptions qu'on aurait eu à y opposer.

Voilà nombre d'arguments qui, pris à part l'un de l'autre, ont certainement leur valeur, et qui, tous réunis, forcent à cette conclusion que la date, et une date complète, est essentielle à toute police, et que, s'il y en a plusieurs sur le même risque, chacune doit porter sa date propre et régulière (100).

---

(100) Cette conclusion finale, et les diverses propositions partielles qu'elle résume, sont loin d'être conformes à l'avis à

Mais il y a plus encore : c'est que bien souvent, la plupart du temps, il ne suffit pas à une police de porter une seule date, quelque régulière qu'elle soit ; il lui en faut plusieurs, et parfois un plus grand nombre.

---

peu près unanime de la doctrine et aux quelques décisions judiciaires intervenues sur la question. En ce qui concerne la nécessité de la date d'une façon générale, on a fait la distinction suivante : le défaut de date ne rendrait pas la police nulle dans les rapports des parties contractantes entre elles, la loi n'ayant prescrit nulle part cette indication à peine de nullité, mais elle lui ôterait tout effet à l'égard des tiers ; ainsi des créanciers de l'assuré pourraient contester le privilége de la prime, ainsi d'autres assureurs pourraient, au gré de leur intérêt, se faire considérer comme antérieurs ou postérieurs à ce premier contrat ; (voy. en ce sens, à défaut d'autres, Bédarride, n° 1021, Caumont, n° 47). Nous ne croyons pas ce moyen terme acceptable, et c'est sans hésitation que nous nous rallions à l'opinion exprimée dans le texte, sous cette réserve cependant que ce qui sera nul ici, ce sera la police seule et non la convention elle-même qui en est indépendante (cpr. la note 4, p. 4 du prés. vol.), de telle sorte qu'en dernière analyse les parties seront placées, par la nullité de l'acte, dans la situation où elles se seraient trouvées s'il n'y avait pas eu d'écrit.

Mais si, cette réserve faite, nous adoptons l'opinion de M. Cresp sur ce premier point, nous sommes loin de nous montrer aussi rigoureux que lui au sujet de l'indication, soit de la partie du jour, soit du lieu, dans lesquels le contrat aurait été passé. En ce qui concerne le lieu d'abord, il n'y a rien dans la loi qui implique cette exigence ; la seule disposition un peu probante que l'on pourrait invoquer en ce sens, celle de l'arti-

Je l'ai dit : une assurance est bien rarement souscrite par un seul assureur ; il faudrait pour cela que le risque fût bien minime; dès qu'il s'élève un peu, il faut le diviser et le répartir sur divers garants : tel est le mécanisme, le besoin et l'avantage de l'assurance.

---

cle 366, est devenue aujourd'hui à peu près lettre morte, par suite de la désuétude dans laquelle est tombée la présomption *de la lieue et demie par heure*. La question est plus délicate pour l'indication de la partie du jour, car nous sommes ici en présence d'une prescription formelle de la loi. Il nous paraît cependant bien dur d'attacher la peine de la nullité à une pareille inobservation, par la double raison : 1° qu'il y a d'abord une date, la date ordinaire de tous les contrats ; 2° que, si la loi a exigé ici une plus grande précision, c'est en vue surtout de faciliter l'application de l'article 366, disposition complétement hors d'usage aujourd'hui, ainsi qu'il a été observé ci-dessus. La seule conséquence qui nous parait devoir résulter d'une omission à ce sujet, sera de placer la partie, dont l'intérêt se trouve lié à ce que son contrat ait été passé à telle heure plutôt que à telle autre, dans la situation la plus défavorable pour elle, c'est-à-dire de l'obliger à faire sous ce rapport la preuve. Ceci n'a pas été compris par la plupart des auteurs, qui ont décidé d'une manière uniforme que la police devait être considérée comme ayant été souscrite ou close l'après-midi ; ce qui est en cas de ristourne faire la partie belle aux assureurs (en ce sens Locré, Pardessus, Boulay-Paty, Caumont). Aussi cette solution a été repoussée avec juste raison par M. Bédarride (*loc. cit.*) et par un important arrêt de cassation, sur lequel nous aurons à revenir, du 24 décembre 1873 (*J. P.*, 1874, 395 et la note, et *J. M.*, 1874, 2, 65).

Mais on ne peut, pour chacun des assureurs, faire une police, une rédaction séparée ; il y avait là trop de temps et de frais perdus.

On rend donc la même police commune à plusieurs ; dix, vingt, trente assureurs y interviennent, y souscrivent au fur et à mesure qu'il s'en rencontre.

Or il est certain et reconnu que chaque signature, chaque souscription d'assureur constitue un contrat particulier, séparé, distinct et indépendant des autres ; tellement que toutes peuvent être pour des sommes différentes, pour primes différentes, à des conditions différentes. Les unes peuvent être valides, les autres nulles; les unes irrévocables, les autres résolubles.

La même police, le même instrument peut contenir un nombre indéfini de contrats individuels, sans lien ni solidarité entre eux.

Ce principe est posé ou répété par les auteurs anciens et nouveaux ; il a même été consacré par le Code de commerce (art. 333) : *la même police peut contenir plusieurs assurances, soit à raison des marchandises, soit à raison du taux de la prime, soit à raison de différents assureurs.*

D'où il suit bien que, s'il y a pluralité d'assureurs, il y a pluralité d'assurances ou de contrats, et qu'autant d'assureurs, autant de contrats.

Mais si chaque souscription forme un contrat séparé, chacun de ces contrats, pour être complet, pour être

valide et produire ses effets, ne doit-il pas par cela même avoir sa date propre et particulière ?

On conçoit que, si toujours les souscriptions étaient données simultanément, sans intervalle de l'une à l'autre, si du moins elles étaient données toutes dans la matinée du même jour, ou toutes dans la soirée du même jour, on conçoit, dis-je, qu'on se contentât dans la police d'une seule date qui s'appliquerait à tous les contrats y contenus.

Mais agir ainsi est, dans la pratique, chose difficile et à peu près impossible.

Il s'en faut que, toujours ou même habituellement, l'assuré, son notaire ou son courtier, puisse recueillir dans le même temps, dans le même jour, avant ou après midi, toutes les souscriptions qui doivent couvrir son risque.

Telle police, ouverte le matin, se continue après-midi, le lendemain, le surlendemain, pendant plusieurs jours, des semaines, des mois entiers.

En sorte que fréquemment, ordinairement dans les polices, il n'y a pas seulement pluralité de contrats, mais encore succession de contrats, c'est-à-dire divers contrats séparés entre eux par des intervalles de temps plus ou moins longs.

Or comment une date unique pourra-t-elle régir tous ces contrats successifs ? Comment la même date s'appliquerait-elle, s'adapterait-elle à la première souscription, et à celle qui n'a eu lieu que quinze jours ou un mois après ?

Et comment en pareil cas l'unité de date s'accorderait-elle avec la loi, avec les principes de la matière ?

Pour la validité de chacun des contrats contenus dans une même police, il faut les mêmes conditions que si ces contrats s'étaient formés par autant de polices différentes : que l'instrument soit un ou multiple, cela n'y fait rien et ne doit rien y faire.

Pour chacun de ces contrats, il est vrai que si, lors de la signature, l'assuré a connu telle circonstance aggravante du risque, que, si alors il a su ou pu savoir l'événement, la convention est nulle pour réticence ou défaut de risque (art. 348, 365).

Pour chacun, il est vrai que si, lorsqu'on l'a signé, le risque était déjà absorbé par les souscriptions précédentes, la souscription est nulle pour défaut de matière ou d'aliment (art. 359). (101)

---

(101) Delvincourt seul a contesté cette conséquence (t. I, p. 210 et sq., et t. II, p. 212, note 7). — Cet auteur croit et enseigne, contrairement à l'opinion générale, qu'une police forme nécessairement un seul contrat, et que, pour qu'il y ait plusieurs contrats, il faut qu'il y ait autant de polices distinctes.

Il oublie l'article 333, et se laisse tromper par l'article 358 dont les termes supposent que les divers assureurs ont souscrit *simultanément*, c'est-à-dire à la même date, le même jour ou la même partie du jour. Dans ce cas, ce sont toujours bien des contrats distincts, mais il est impossible d'établir entre eux un ordre de dates, bien qu'en fait les assureurs aient signé néces-

Pour sa légitimité propre, indépendante de celle des autres , il faut donc que chaque contrat ait sa propre date, que tous soient datés, et que leurs dates soient différenciées, conformément à la vérité du fait ; il faut en un mot succession de dates, comme succession de contrats.

---

sairement et à des moments divers, dans la même partie du jour. Dès lors faut-il bien faire sur tous un ristourne proportionnel.

Mais il n'en serait pas de même si, dans la même police, les assureurs avaient souscrit à des époques différentes ; alors le ristourne, ainsi qu'il est dit ci-dessus, se réglerait par les dates diverses des souscriptions ou des polices ; les premières en date seraient maintenues jusqu'à concurrence de l'aliment, les postérieures seraient annulées ; c'est l'hypothèse prévue et réglée par l'article 359.

Il est juste de reconnaître que celui qui est peu versé dans ces matières peut aisément se tromper sur le sens des articles 23, 24 et 25 de l'Ordonnance, et sur les articles correspondants du Code (art. 358 et 359).

Le Code substitue le mot *contrat* à celui de *police* employé par l'Ordonnance.

Pourquoi l'Ordonnance s'était-elle servie du mot *police*?

Elle supposait (ce qui était d'ailleurs l'usage) qu'une police n'avait qu'une seule date ; mais elle supposait aussi que cette date s'appliquait avec vérité à toutes les souscriptions, c'est-à-dire que toutes avaient été simultanées, que tout cela s'était opéré dans la même séance et sans intervalle de temps (Emérigon, t. I, p. 41).

C'est bien d'ailleurs ce qui semble résulter du texte même de notre article 332 ; *le contrat*, y est-il dit, *est daté du jour auquel il est* SOUSCRIT ; *il est énoncé si c'est avant ou après midi*.

C'est donc à la *souscription* que la loi impose la nécessité de la date ; à la souscription des contrats suc-

---

C'est en l'entendant ainsi, que, s'il y avait eu une seule police, elle voulait que le ristourne s'opérât proportionnellement sur toutes les souscriptions (art. 23) ; et que, s'il y avait plusieurs polices, elle voulait que la première, couvrant l'entière valeur, les autres fussent ristournées, ou que la première, ne couvrant pas l'entier risque, les autres garantissent le surplus de valeur (art. 24 et 25).

Mais les abus et les faux signalés dans l'application d'une date unique à des souscriptions données à des intervalles plus ou moins longs, ont engagé le nouveau législateur à substituer au mot *police* de l'Ordonnance celui de *contrat*, entendant par *contrat*, non pas la police ou instrument commun à plusieurs souscriptions, mais chaque souscription particulière, en sorte que le ristourne doit se régler, non par la date des polices, mais par celle des souscriptions.

L'article 359 exprime bien cela dans ses termes : *s'il existe plusieurs contrats*, ce qui s'applique aux souscriptions ayant des dates différentes, qu'elles soient d'ailleurs contenues dans une seule police ou dans plusieurs.

Mais malheureusement l'article 358 ne concorde guère avec le suivant :

Il dit : *le* CONTRAT *est valable jusqu'à concurrence de la valeur chargée*, et il ajoute qu'*en cas de perte, les* ASSUREURS *sont tenus d'y contribuer à proportion*.

cessifs, lesquels sont tout autre chose que la police ; à la souscription de chaque contrat, qui se forme chaque fois qu'une nouvelle signature est apposée sur cette police.

C'est donc à chaque souscripteur que la loi a entendu prescrire de dater sa souscription, et de la dater, non seulement du jour, mais de la partie du jour.

Les assureurs sont tenus proportionnellement. Il y a donc plusieurs souscriptions et par conséquent plusieurs contrats !

Le mot *contrat* change donc là d'acception ; il signifie l'*acte, l'instrument* qui contient plusieurs souscriptions ; il fallait donc là employer le mot de *police*, et de plus expliquer qu'il s'agissait d'une police contenant plusieurs contrats ou souscriptions *à la même date*, le même jour, avant ou après-midi. *(Note de M. Cresp.)* En résumé, lorsque la police portera des souscriptions ayant des dates différentes, il y aura lieu à l'application de l'article 359, et non à celle de l'article 358, c'est-à-dire que ce sera le cas du ristourne graduel et successif, et non celui du ristourne commun et proportionnel. Mais devrait-il encore en être de même dans l'hypothèse qui va être ci-après prévue au texte, de souscriptions portant une date unique, bien que faites en réalité à des époques différentes ? En d'autres termes les assureurs seraient-ils recevables à prouver, contre les termes de la police, que leurs souscriptions se sont produites à des dates diverses, et que par conséquent ils sont dans le cas de l'article 359, et non dans celui de l'article 358 ? Cette question se rattache, comme corollaire, aux explications qui suivent, et nous la traiterons en quelques mots ci-après, à titre de conclusion.

Et c'est ainsi que la disposition a été généralement entendue et expliquée (Estrangin, p. 322 et sq, Vincens, t. III, p. 208 et sq; Boulay-Paty sur Emérigon, t. I, p. 46 et sq; Pardessus, t. III, p. 312 (plus faiblement), Lemonnier, t. I, p. 57; Bédarride, n° 1020, etc.)

Voyons maintenant comment dans l'usage les choses se passent, et si la pratique y est ou non conforme à ces règles.

Pourquoi serait-il permis de s'en écarter ? Quel motif, quelle excuse aurait-on à opposer aux raisons sur lesquelles elles se fondent ?

Elles sont fondées, nous l'avons vu, sur la nature même, sur les principes, sur les nécessités du contrat.

Elles sont dans l'intérêt de toutes les parties; elles assurent à chacun ses droits, elles empêchent l'amalgame, la confusion de droits qui sont et doivent être distincts.

Elles sont d'ailleurs d'une facile exécution; il est bien simple et bien court d'ajouter, en deux mots, à sa signature une date, telle que la loi l'exige.

Aussi cela se pratique-t-il constamment en divers pays. Emérigon (t. I, p. 41 *in fine*) assure avoir vu des polices de Londres où chaque assureur ne manque pas de joindre la date à sa signature.

Même pratique à Livourne et ailleurs; les assureurs ou l'officier public y apposent diverses dates (Estrang., p. 320).

Pourquoi donc en serait-il différemment chez nous ?

Voici pourtant, au témoignage des praticiens les moins suspects, ce qui se faisait et se fait encore communément sur nos places de commerce du premier ordre, à Marseille, à Bordeaux, et même à Paris.

Le premier assureur, celui qui ouvre ou coupe la police, date ordinairement sa souscription, et l'officier qui intervient, notaire ou courtier, ne fait, en clôturant son acte, que répéter la date exprimée par le premier souscripteur.

Cette date unique, primitive et définitive à la fois, indique le lieu de la souscription ; elle en indique aussi le jour et même la partie du jour.

On voit l'énorme abus qui résulte de cette unique date donnée à la police, à son ouverture et à sa clôture, sans que les assureurs intermédiaires aient daté chacun leur souscription.

Leurs souscriptions successives et plus ou moins nombreuses se trouvent, par là, toutes indistinctement rapportées à une seule et même date, apposée par le premier signataire, répétée à la fin de l'acte.

Et pourtant la vérité est qu'ils ont souscrit à vingt époques différentes, qui le même jour que le premier signataire, qui le lendemain, qui plusieurs jours après, qui des semaines, des mois après.

Il faut l'avouer : rien n'est plus illégal, ne mérite plus de réprobation qu'une semblable pratique ; l'habitude seule peut faire que tout le monde n'en soit pas également révolté.

Cette anticipation et agglomération de contrats successifs, sous une même date, est un monstrueux renversement de toutes les règles, elle frappe d'impuissance toutes les règles sur la connaissance antérieure de l'événement, sur la réticence, sur le ristourne, etc.

C'est, de la part de l'officier public, un mensonge grave et multiple ; car il donne à l'acte qu'il clôt et authentique par sa signature, une date fausse ; il l'antidate de plusieurs jours, semaines ou mois.

Et son mensonge en renferme autant qu'il y a de signatures intermédiaires, qu'il fait toutes indistinctement rétrograder à la date primitivement apposée, qu'il répète et certifie purement et simplement.

C'est un faux, un faux très caractérisé, qu'il commet et répète journellement !

Si une telle pratique a dès longtemps existé, dès longtemps aussi les juristes, Emérigon entre autres, se sont à ce sujet vivement récriés.

Le commerce ancien a lui-même ouvert les yeux sur ce criant abus, et a cherché à y porter un remède efficace.

En effet, le 31 mai 1792, la chambre de commerce de Marseille délibéra qu'*à l'avenir, tous censaux et faiseurs d'assurances seront tenus de faire renouveler les dates de la signature des polices, à chaque différent jour qu'elles seront contenues... sans pouvoir faire reporter les seings à une date antérieure, à peine de faux, dépens, etc.; que la clôture s'en fera*

purement et simplement, sans qu'il soit besoin d'y exprimer aucune date, attendu que la police se rapportera aux différentes dates respectives qui auront été écrites à chaque continuation de signature en différents jours (Emérigon, t. I, p. 41, Estrangin, p. 321).

Délibération fort sage qui, si elle ne remédiait pas entièrement au mal, le diminuait sensiblement.

Mais, approuvée par l'Intendant de Provence, elle ne fut pas homologuée par le Parlement, on ne sait par quels motifs.

Elle resta sans exécution ; Emérigon dit qu'il n'a jamais vu de renouvellement de date dans aucune police ; et, dans l'amertume de ses regrets, il appelle un nouveau règlement qui ordonne que *la date soit renouvelée par chaque assureur à la suite de sa signature, à peine de nullité.*

La loi nouvelle a paru répondre à ce vœu d'Emérigon ; nous avons vu que les expressions de l'article 332, bien appréciées, rapprochées surtout de celle de l'article suivant, imposent la date, non pas seulement à la police, mais à chaque souscription d'assureur.

L'ancien abus a-t-il cessé?

Certains s'en flattent : *il faut croire,* dit M. Vincens (t. III, p. 210) *qu'il n'aura pas tenu devant le Code.*

Pour y remédier, dit Boulay-Paty sur Emérigon, p. 46, *la loi nouvelle a dû prescrire des moyens qui fissent connaître la vérité des époques de chaque assurance successive (art.* 332 *et* 333*)... Ainsi le législateur a atteint son but.*

Qu'en est-il pourtant ?

S'il faut en croire d'autres auteurs mieux placés pour juger de la vérité, l'abus au contraire a fort bien tenu devant le Code, et l'abus n'a nullement été atteint.

Estrangin, écrivant en 1810, affirme que, depuis le Code comme auparavant, à Marseille on ne voit jamais qu'une seule et même date (p. 326).

Dageville, en 1828, dit qu'il a été témoin de cet abus généralement pratiqué, et qu'il ignore si la disposition du Code l'a fait cesser (p. 25 et 26).

Lemonnier, en 1843, affirme que, ni la disposition du nouveau Code, ni les remontrances énergiques et unanimes des jurisconsultes ne sont parvenues à déraciner l'abus, et qu'il existe encore à Bordeaux ainsi qu'à Paris (p. 57 et 58). (102)

Et remarquez que c'est trop peu dire, et que, bien loin que l'abus ait cédé à la loi nouvelle, que devant elle il ait diminué, il se trouve que, depuis cette loi même, il s'est encore aggravé.

---

(102) Les errements n'ont pas changé depuis ; *les choses*, dit un jurisconsulte marseillais écrivant en 1862, *ne se passent pas autrement que du temps d'Emérigon* (Cauvet, t. I, n° 290 p. 460). Quant à M. Bédarride, dans sa seconde édition qui est de 1876, non seulement il constate encore l'usage, non seulement il l'appuie de la consultation d'un praticien éminent, le syndic des courtiers marseillais, mais il arrive à le légitimer dans une certaine mesure en proposant de donner à toutes les souscriptions la date unique de la clôture (n° 1020 et sq.).

En effet, autrefois il consistait en ce que divers contrats, d'époques différentes, étaient tous rapportés à la même journée.

Aujourd'hui, il consiste en ce que tous ces contrats sont rapportés à la même portion du jour, à la même matinée ou à la même soirée.

En sorte qu'on rapproche, on entasse dans quelques heures une foule de contrats, séparés entre eux par plusieurs jours, par des semaines, par des mois de distance.

Le mal s'est donc réellement aggravé : le mensonge est encore plus grossier, le faux plus flagrant encore ; l'état actuel des choses est plus scandaleux, plus intolérable que l'ancien.

Le jurisconsulte a donc, pour en gémir, plus de raison encore que n'en avait de son temps notre Emérigon.

A ses yeux, la loi actuelle, prise dans son vrai sens, devrait suffire pour tout corriger.

Mais, puisqu'on s'obstine aveuglément à la méconnaître, et que, telle qu'elle est, elle ne semble pas encore assez explicite, il émet aussi l'opinion, le vœu que le législateur intervienne, se fasse mieux entendre, et coupe enfin dans leur racine tant d'abus et de mensonges, la honte de notre commerce, qui n'ont réellement pour lui aucun avantage, et dont la perpétuité ne peut avoir aucune excuse raisonnable.

Il est pourtant, je le dis à regret, certains auteurs,

qui, plus accomodants pour un abus invétéré et général, ont inauguré et adopté l'un après l'autre un expédient singulier, lequel tendrait, non à punir ni extirper l'abus, mais au contraire à le maintenir et à lui donner une sorte de légalité.

Ces auteurs, et parmi eux je vois Pardessus (t. III, n° 795), accordent en principe que la souscription de chaque assureur devrait régulièrement être datée du jour qu'il l'appose sur la police.

Mais, s'il arrive qu'un ou plusieurs de ces engagements ne sont pas datés, leur conclusion n'est pas, comme on s'y attendrait, qu'ils sont illégaux et nuls ? Non ; il s'ensuit seulement que, selon eux, les engagements non datés seront présumés faits le même jour que celui dont la date suit immédiatement.

Voici l'exemple qu'on en donne. Un premier assureur date sa souscription du 1er avril ; divers assureurs souscrivent sans dater ; un dernier assureur signe et date du 15 avril, ou bien c'est le courtier qui, en clôturant, date du 15 avril. Toutes les signatures non datées n'auront que cette dernière date, celle du 15 avril.

On voit qu'au lieu d'annuler les engagements non datés, on entreprend ici de suppléer par présomption à la date qui leur manque effectivement.

Mais que d'objections à un tel système !

1° L'expédient proposé manque d'abord en fait ; il suppose au moins deux dates exprimées dans la police, l'une à son ouverture, l'autre à sa clôture. Or l'usage constant et bien attesté par tous, est que la police n'a

jamais qu'une date, celle de l'ouverture répétée à la clôture.

2° Y eût-il deux dates, l'une antérieure, l'autre postérieure, serait-il jamais permis de dater par présomption des contrats intermédiaires, et de les dater par une présomption qu'on veut rendre *juris et de jure*, car ces auteurs (Pardessus, Dalloz, Alauzet), s'érigeant ainsi en législateurs, n'admettent pas qu'on puisse faire la preuve contraire.

3° Que vaut d'ailleurs, en elle-même, la présomption qu'on crée de son chef et qu'on veut nous imposer ?

Voilà divers contrats ou souscriptions non datés, suspendus entre deux dates, le 1er et le 15 avril.

S'il faut opter, pourquoi les jeter plutôt sur celle qui suit que sur celle qui précède ? Pourquoi une présomption descendante, plutôt qu'une présomption ascendante ?

Ne serait-il pas plus simple, plus naturel, plus rationnel de remonter que de descendre ?

Voyez si, dans cette matière, la présomption, quand il y en a d'admissibles, ne remonte pas toujours des dernières assurances aux premières.

En effet, si un premier assureur signe purement et simplement, toutes les souscriptions suivantes, à moins de dérogation expresse, sont censées également pures et simples.

De même si le premier assureur, ou quelqu'un de ceux qui le suivent, insère dans sa souscription quelque clause ou condition dérogatoire au corps de la police,

tous les assureurs subséquents, sans répéter sa dérogation, sont censés adopter les mêmes clauses et conditions que lui, sont censés s'y attacher, s'y référer, etc.

Cette règle a été de tout temps pratiquée et reconnue par tout le monde, et Pardessus lui-même l'admet comme rationnelle.

Or, si la règle, admise partout, est que la première souscription régit la suivante, par quelle contradiction veut-on la renverser, et faire régir la précédente par la dernière? (103)

---

(103) Une chose singulière à noter est que M. Bédarride, après avoir repoussé comme M. Cresp le système absolument irrationnel de Pardessus (n° 1020), arrive cependant, quelques pages plus bas, à la même conclusion. Voici en effet ce qu'il a ajouté dans sa deuxième édition (n° 1021 bis) : *Il semble qu'en l'état de l'usage attesté par le syndic des courtiers de Marseille, et qui ne peut être autre sur les diverses places de commerce, c'est par la date de la clôture que devrait être déterminé le moment de la formation du contrat. Qu'importe la date précédant la signature du premier souscripteur? Quel compte tenir de la déclaration que cette signature a été apposée avant ou après midi? N'est-il pas évident que les plus nombreuses adhésions auront été données un ou plusieurs jours après*, etc. Ainsi, d'après M. Bédarride, la date de la police ne serait pas celle de l'ouverture, comme le suppose la pratique actuelle, ce serait celle de la clôture ; les souscriptions intermédiaires, au lieu de remonter, descendraient; c'est, comme on le voit, à très peu de choses près, le système de Pardessus. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que nous sommes gran-

Mais, au surplus, quelque présomption qu'on voulût ici préférer, toujours cette présomption, appliquée à la date, serait vicieuse, illégale, contraire à la nature du contrat et au but du législateur.

En effet, que l'on rapporte à la date d'une souscription postérieure les souscriptions qui l'ont précédée de plusieurs jours, semaines ou mois ; ou que l'on rapporte à la date d'une première souscription, les souscriptions qui lui sont postérieures du même laps de temps, l'abus le mensonge, le faux et tous les inconvénients qui s'ensuivent, ne sont-ils pas toujours les mêmes ?

Ces présomptions, quelles qu'elles soient, ne remédient donc à rien ; elles ne servent qu'à perpétuer le mal et même à l'étendre et à l'aggraver.

Il ne faut pas que le droit vienne, par ses expédients arbitraires, à faciliter et légitimer la violation de tous les principes et de la loi elle-même.

C'est donc à la loi bien entendu qu'il faut s'en tenir, et exiger rigoureusement que toute souscription soit datée, et enfin, s'il en est besoin, il faut que le législa-

---

dement, sous ce rapport, de l'avis de M. Cresp, que la fiction descendante est tout autant en dehors de la vérité légale que la fiction ascendante. Il est vrai que M. Bédarride, pour justifier sa solution, attribue aux souscriptions des assureurs un caractère conditionnel jusqu'au moment de la clôture de la police. Mais c'est là une supposition absolument gratuite, et de tous points contraire, soit aux termes mêmes de la loi, soit à l'intention des parties contractantes.

teur insiste, parle net, avec énergie, et force l'exécution de ce qu'il a voulu. (104)

Le contrat exprime le nom et le domicile de celui qui fait assurer, sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire (Ord. art. 3, Cod. com. art. 332).

---

(104) Jusqu'à présent l'attention du législateur n'a pas été appelée sur ce point ; mais nous sommes heureux de constater qu'au rebours des défaillances doctrinales qui se sont produites, la jurisprudence, lorsque elle a eu à se prononcer sur la question, l'a fait sans hésitation dans le sens des observations qui viennent d'être présentées, et a proclamé malgré tout la vérité du principe. Un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 13 novembre 1871 (*J. M.*, 1772, 1, 20), avait déjà dit : *Attendu que la loi exige* LA DATE DE LA SOUSCRIPTION *et non de la clôture ; qu'une date de clôture opposée par le courtier seul, après que les assureurs ont signé et hors de leur présence,* N'A PAS DE CARACTÈRE LÉGAL ; *que du reste elle ne précise pas ce que la loi veut qu'on détermine,* A SAVOIR L'ÉPOQUE DE LA SOUSCRIPTION. Sur l'appel, ce jugement fut purement et simplement confirmé par arrêt, en date du 28 mai 1872, de la cour d'Aix, laquelle s'en appropria dès lors la doctrine. Enfin la chambre civile de la Cour de cassation, saisie de la question en suite du pourvoi qui avait été formé, et du renvoi de la chambre des requêtes, a, par arrêt du 24 décembre 1873 précité, statué en ces termes : *Attendu que suivant l'article 332 du Code de commerce, le contrat d'assurance maritime est daté du jour auquel il est souscrit ; qu'il y est énoncé si c'est avant ou après midi ; Attendu qu'en parlant du jour auquel le contrat est souscrit, la loi*

Ce paragraphe est complexe, et il nous faut le décomposer, pour bien saisir ce que la loi veut qu'on exprime au contrat.

C'est d'abord *le nom* de celui qui *fait assurer* ; la loi n'ajoute pas : *le nom de celui qui assure.*

Le motif nous en est déjà connu : les polices ne sont

---

désigne manifestement LE JOUR OU LE CONTRAT A ÉTÉ FORMÉ PAR L'ENGAGEMENT RÉCIPROQUE DES PARTIES, *et non celui où la police a été close et signée par le notaire ou par le courtier; que, le courtier ayant mandat de l'assuré de rechercher des assureurs et de recevoir leurs souscriptions*, LE CONTRAT DEVIENT PARFAIT DU MOMENT QUE L'ASSUREUR A DONNÉ SON CONSENTEMENT; QUE LA DATE OU LE CONSENTEMENT INTERVIENT EST DONC BIEN CELLE DU CONTRAT *et ne saurait être modifiée par la clôture de la police, opération propre au courtier, qui peut avoir lieu en dehors des parties intéressées et ne pas suivre immédiatement les souscriptions consenties par les assureurs*. L'opinion soutenue au texte a donc reçu ici la plus haute et la plus formelle consécration possible.

On pourrait objecter toutefois que la question résolue par la Cour de cassation était, dans le fond, un peu autre que celle prévue et agitée au texte ; dans l'espèce soumise à la Cour, il s'agissait en effet beaucoup moins de savoir si chaque souscription doit avoir sa date particulière ou si au contraire toutes peuvent être régies par une date unique, que de décider, étant données deux indications de date différentes, l'une dans la première souscription, l'autre lors de la clôture par le courtier, laquelle des deux doit prévaloir. Cela est vrai ; mais la Cour de cassation s'est prononcée d'abord en faveur de la date de la souscription, ce qui constitue déjà, au sujet de la difficulté présente, un pré-

pas ordinairement signées par l'assuré, (la loi suppose et confirme l'usage). Elles le sont toujours et nécessairement par l'assureur ; toujours sa signature le fait et le doit faire connaître.

Inutile donc de le nommer dans la rédaction ; impossible d'ailleurs de l'y nommer, car on ne sait d'avance qui consentira à la souscrire.

Le nom de l'assuré est-il nécessaire, indispensable pour la validité de l'assurance, et à défaut serait-elle nulle ?

---

jugé, et elle s'est de plus prononcée en faveur de cette solution pour les motifs que l'on a vus, et qui arrivent en somme par leur caractère général à trancher la question ; c'est ce qui fait l'importance de l'arrêt.

En résumé, il ne nous parait pas douteux qu'il n'ait été dans l'intention du législateur d'exiger une date particulière pour chaque souscription, dans le cas où les signatures auraient été données à des époques ou des jours différents, et qu'une police serait entachée de nulllité par le seul fait que cette formalité substantielle n'aurait pas été remplie. Mais cela fera-t-il que les assureurs d'une même police puissent, dans leurs rapports respectifs, se prévaloir de cette nullité ? Nous ne le pensons pas; car, d'une part, s'il y a eu violation de la loi, cette violation a été commune à tous les contractants, et en principe *nemo auditur turpitudinem suam allegans* ; et d'autre part on peut soutenir que chaque assureur, en ne datant pas sa souscription, s'est référé par cela même à la date de la souscription

Cela ne semble pas douteux.

Toute obligation, pour valoir, doit énoncer qui s'oblige.

Ici tous deux s'obligent; le contrat est bilatéral, les obligations et actions y sont réciproques.

D'ailleurs l'assureur a grand intérêt à savoir envers qui il s'oblige et qui s'oblige envers lui, non-seulement quant à sa solvabilité, mais quant à sa probité; car des fraudes sont possibles, *perte déjà connue*, *fausses déclarations*, *réticences*, etc.

---

antérieure et se l'est, sauf les cas de dol ou de fraude, appropriée. Ceci n'est donc nullement en contradiction avec ce qui précède. Aussi est-il à remarquer que, dans l'espèce sur laquelle a statué la Cour de cassation, le problème ne se posait, point en ces termes, c'est-à-dire entre les assureurs d'une même police, mais entre ceux de deux polices différentes; auquel cas, en effet, la question était entière, et la nullité ne pouvait être couverte.

Si l'on admet ces principes, il en résultera que dans le cas des articles 358 et 359, et étant donnée l'unité de police, les assureurs qui en fait auraient souscrit postérieurement à d'autres, ne pourront se prévaloir de la date vraie de leur souscription, pour se faire ristourner de préférence à ceux-ci; car, en ne pas datant d'une façon particulière leur engagement, ils se sont mis par cela même dans la situation de leurs devanciers, et ont accepté la parité de traitement. C'est la question annoncée ci-dessus page 163 et 308, note 101, et en vérité elle ne peut comporter une autre solution.

Enfin l'ordre public y est aussi intéressé et exige aussi sa garantie contre le danger des gageures qu'un anonyme voudrait masquer en assurance.

Aussi cela a-t-il été déclaré nécessaire et essentiel par Emérigon (t. I, p. 53 et 134) : *assuré et assureur*, dit-il, *sont deux corrélatifs qui ne peuvent aller l'un sans l'autre*. De même la Cour de cassation, sur le projet du Code ; enfin c'est la doctrine générale.

Cependant l'opinion de certains auteurs est que la nomination de l'assuré n'est pas indispensable et qu'on pourrait y suppléer par les circonstances (Locré, t. III, p. 332, et IV, p. 13 ; Pardessus, t. II, p. 474, et t. III, p. 318).

Ces auteurs font là une confusion et une équivoque. Ils confondent l'*assuré*, c'est-à-dire celui qui, sur la police, contracte comme tel, avec celui *pour compte* de qui, dans l'intérêt de qui il est possible que cet assuré ait contracté.

Ce sont pourtant deux personnes bien différentes, relativement à l'assurance et aux engagements qu'elle forme.

C'est ce qui plus tard pourra mieux s'expliquer. Mais dès à présent tenons pour certain qu'il n'y a d'assurance possible et légale que celle où un assuré contracte en se nommant.

Au nom de l'assuré la loi ajoute même l'indication de son *domicile*.

Cela peut sans doute être utile pour mieux fixer l'identité de l'assuré, pour qu'on ne le confonde pas avec d'autres qui porteraient le même nom, pour rendre plus facile aux parties l'exercice des droits naissant du contrat.

Mais cela ne saurait être dans tous les cas de nécessité rigoureuse.

Emérigon dit (*loc. cit*) qu'on peut s'en dispenser, s'il s'agit d'une personne connue.

Mais s'il s'agit d'un inconnu sur la place où l'on opère, il peut se faire que le domicile prenne une vraie importance, et que l'omission fournisse une grave exception aux assureurs.

Exemple : la guerre existe, je suppose, entre l'Espagne et l'Angleterre ; la France est restée neutre.

Un espagnol fait assurer en France un navire lui appartenant ; s'il indique au contrat son domicile espagnol, les assureurs sont par là avertis qu'il s'agit d'une propriété espagnole, qu'ils courent par conséquent risque de guerre et de capture anglaise.

Si au contraire on s'est tu sur le domicile, les assureurs peuvent dire : il y a eu là réticence sur une circonstance aggravante du risque, et conséquemment nullité de la convention. (105)

Mais outre le nom et le domicile de l'assuré, la loi

---

(105) Cpr Aix, 26 juin 1826 (*J. M.*, 7, 1, 207.

veut qu'on exprime *sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire.*

Ce point mérite grande attention, car, à plusieurs égards, il tient et se rattache d'abord à une chose capitale : la capacité nécessaire pour contracter valablement une assurance quelconque.

Quelle est la capacité requise en cette matière ?

C'est, non la simple capacité civile, mais, bien plus, la capacité commerciale.

Il faut y être capable, non-seulement de s'obliger, mais de s'obliger commercialement, c'est-à-dire avec soumission aux tribunaux de commerce et aux *voies de contrainte* qu'ils prononcent.

Que cela soit vrai des assureurs, que telle doive être leur capacité, c'est ce que jamais personne, que je sache, n'a songé à mettre en doute ; tellement que, par raison d'analogie, on a généralement étendu cela, des assureurs maritimes, les seuls dont le Code de commerce se soit occupé, aux assureurs terrestres dont ce Code n'a parlé nulle part.

Mais en est-il de même de l'autre partie au contrat, c'est-à-dire de l'assuré ?

Des auteurs, en assez grand nombre, ont voulu, les uns après les autres, faire une distinction entre les parties, entre assurés et assureurs.

Suivant eux, l'assuré ne s'obligerait jamais que civilement ; l'assureur seul contracterait une obligation commerciale.

Et le motif qu'ils en donnent, c'est que l'assureur *spécule*, se propose un bénéfice (celui de la prime), tandis que l'assuré n'agit pas dans un but de gain, mais seulement de conservation ; il administre et ne spécule pas.

Qu'en matière d'assurances terrestres, cette distinction et son motif soient plus ou moins admissibles, qu'en cette matière ils aient même été généralement admis par les tribunaux, c'est ce que nous n'avons point ici à examiner et à discuter. (106).

Mais ce qui nous est absolument impossible d'accorder, c'est qu'on puisse transporter cette doctrine et cette jurisprudence dans les assurances maritimes.

La loi, en ce qui concerne celle-ci, y résiste invinciblement.

Nous avons déjà vu la loi civile (art. 1964 C. civ.) ne faire transitoirement mention de l'*assurance* et du *contrat de grosse* que pour se désister absolument à leur égard et les renvoyer tout entiers aux lois maritimes ou commerciales.

Le Code de commerce n'a donc fait qu'accomplir cette réserve expresse en sa faveur, lorsqu'il a déclaré ces deux contrats exclusivement de sa compétence.

Et en effet, après avoir, dans son article 632, déclaré *actes de commerce* diverses opérations ou négociations, il a ajouté (art. 633) : *sont réputés pareillement actes*

---

(106) Voy. ci-dessus p. 93 et sq.

de commerce.... TOUTES ASSURANCES *et autres contrats concernant le commerce de mer.*

De cette disposition, il résulte qu'à la différence de certains actes qu'elle ne répute commerciaux qu'à raison de la qualité de celui qui s'oblige, ou qu'à raison du but lucratif que se propose l'obligé, la loi imprime un caractère commercial à toute transaction maritime et notamment à toute assurance simple comme à la grosse ; elle déclare ces actes commerciaux en eux-mêmes, d'une manière absolue, sans aucune distinction entre ceux qui y concourent, entre preneur et donneur, entre assureurs et assurés, sans aucune distinction des contractants qui sont commerçants et de ceux qui ne le sont pas, de ceux qui ne veulent que conserver et de ceux qui veulent bénéficier.

Ces contrats maritimes sont en cela parfaitement assimilés aux engagements du *change*, qui sont actes de commerce, quelle que soit la qualité de ceux qui les souscrivent, et quelle qu'en soit la cause, civile ou commerciale (art. 632, § final).

Ainsi l'ont reconnu, ainsi l'ont professé les jurisconsultes, ceux du moins qui ont le plus de poids dans ces sortes de matières.

Il faut donc, pour l'assurance maritime, qu'il y ait des deux côtés capacité égale, que l'assuré soit aussi capable que l'assureur de s'engager commercialement.

Le mineur, même émancipé, ne peut s'obliger ainsi que s'il a obtenu les autorisations prescrites par les articles 2 et 3 du Code.

La femme mariée ne le peut que moyennant l'autorisation maritale et sous certaines conditions (art. 4 et 5).

Il est même des personnes, très capables d'ailleurs, à qui les statuts de leur profession ont interdit expressément les engagements commerciaux ; tels sont en droit canon les *ecclésiastiques*, tels sont en droit civil les *magistrats* et les *avocats*.

On a pensé que leur profession et ses bienséances étaient incompatibles avec le commerce, ses actes, ses chances, ses voies de contrainte.

La défense en a été faite aux courtiers eux-mêmes, bien qu'on leur attribue la qualité de commerçants ; on leur a prohibé de faire pour leur propre compte les opérations ou négociations dans lesquelles ils s'entremettent, et cela de peur qu'ils n'abusassent à leur profit de leur entremise même.

Mais attendu que, pour ces personnes, il ne s'agit pas au fond d'incapacité, mais d'une simple prohibition, à raison de leur état ou des fonctions qu'elles exercent, s'il arrive que, violant la défense, elles fassent des actes commerciaux, ces actes ne sont point nuls ; ils sont maintenus et produisent tous leurs effets. Seulement leurs auteurs sont frappés de peines disciplinaires, plus ou moins graves, amendes, suspension ou même destitution. (107)

---

(107) Il n'en est même ainsi que tout autant que l'acte a été fait dans une pensée de spéculation ; car ce que les règlements

Il en est tout autrement, s'il s'agit d'un incapable d'agir commercialement ; son acte de commerce, assurance ou autre, est frappé d'une nullité radicale.

En résultat, pour la validité d'une assurance de mer, il faut chez l'assuré la même capacité que chez l'assureur, c'est-à-dire la capacité commerciale.

Maintenant la loi, en cette matière, n'a-t-elle pas exigé chez l'assuré quelque chose de plus, lorsqu'elle a voulu que, dans le contrat même, fût exprimée *sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire ?*

A cet égard, le paragraphe qui nous occupe a soulevé une des questions les plus graves et les plus controversées du droit maritime.

Sa solution tient aux premiers principes, à l'essence, à la légitimité même de notre contrat.

Cette question est celle-ci : n'y a-t-il que le propriétaire d'une chose qui, soit par lui-même, soit par un mandataire ou commissionnaire, puisse légitimement la faire assurer ?

---

particuliers à telle ou telle profession défendent, c'est de faire *le commerce* et non pas *des actes de commerce* (Voy. en ce qui concerne les avocats, l'ordonnance du 20 nov. 1822, art. 42). Il s'ensuit que, relativement au contrat spécial qui nous occupe et nonobstant le caractère commercial de leur engagement, ecclésiastiques, magistrats, avocats, etc., pourront très licitement se faire assurer, et n'encourront de ce chef aucune des peines disciplinaires afférentes à l'exercice de leur profession.

Les uns répondent négativement.

Ils conviennent bien que pour faire assurer, il faut avoir intérêt à la chose, à sa conservation ; (c'est, ils le reconnaissent, ce qui différencie l'assurance de la gageure) ; mais ils trouvent que cela suffit.

Ainsi, le créancier, fût-il simple chirographaire, peut faire assurer la chose de son débiteur, car cette chose lui garantit le paiement de sa créance ; il a intérêt à ce que l'objet qui lui sert de gage ne périsse ou ne se détériore pas.

Mais d'autres disent, au contraire : le droit d'assurance est attribué à la propriété et à la propriété seule.

A quoi bon disputer sur ce point, quand la loi s'en est elle-même expliquée : elle veut tout d'abord dans l'assuré, *sa qualité de propriétaire ou de représentant du propriétaire*, ce qui suffit pour exclure tout autre.

Et d'ailleurs toutes ces dispositions exigent chez l'assuré le droit d'aliéner la chose mise en risque.

Il y a aliénation de sa part, lorsqu'il promet à l'assureur une prime que la loi déclare privilégiée sur la chose en risque (Cod. com., art. 191, nº 10).

Il y a encore plus aliénation de sa part lorsqu'il exerce contre son assureur l'action que la loi lui accorde sous le nom de *délaissement*, c'est-à-dire lorsqu'il abdique lui-même sa propriété et la transporte pleinement à cet assureur pour en obtenir de lui le prix intégral.

Or, y est-il quelque autre que le propriétaire d'une

chose qui, par une assurance, puisse exercer et conférer de pareils droits sur cette chose ?

Tels sont fort en gros, sur la question, le *pour* et le *contre* ; il faut bien les balancer entre eux et se décider enfin pour l'une ou pour l'autre des solutions opposées.

La première (celle qui admet à faire assurer tout intéressé, dans le sens le plus large), n'avait eu anciennement, je crois, aucun partisan décidé (sauf Valin peut-être, et encore avec une notable restriction) ; mais de jours il faut dire qu'elle en a acquis un assez grand nombre. (108).

La seconde (celle qui attribue exclusivement au propriétaire le droit de faire assurer), a néanmoins conservé des partisans résolus à soutenir la lutte. (109)

Cette lutte a été portée en justice; elle y a été vivement soutenue de part et d'autre. Et il est curieux de connaître à quelle occasion et dans quels termes.

Un négociant étranger, établi aux Echelles du Levant, à Tunis, y annonce qu'il a à envoyer en France des groups d'or et d'argent qui lui appartiennent, mais

---

(108) Pardessus, t. II, p. 568, n°s 593 et 594 ; Locré. t. IV, p. 14 ; Vincens, t. III, p. 218, 566 ; Lemonnier, t. II, p. 252 et sq; Alauzet (très-confus et très-contradictoire), t. II, p. 217 et sq ; Caumont, *loc. cit.*, n° 9 ; de Courcy, dans une dissertation spéciale, *op. cit.*, p. 269 et sq.

(109) Bédarride, n° 1045 ; Cauvet, t. I, n° 135 ; Droz, *Revue critique*, année 1877, p. 369 et sq.

qu'il a besoin de certaines avances pour accomplir son expédition.

Un français, se trouvant à Tunis, consent à lui faire une avance importante, à la condition qu'il sera lui-même chargé d'expédier les groups.

Il les charge et expédie en effet sous son nom, et les fait assurer à Marseille pour son compte.

Une perte survient ; le créancier réclame des assureurs, qui opposent la fraude et le crime du propriétaire ; le naufrage avait été en effet concerté avec le capitaine, et il y avait eu à la suite soustraction des groups.

Le négociant français dit : peu m'importe ; l'assurance est à moi, j'ai fait assurer pour mon compte; j'y avais intérêt, puisque j'avais fait des avances, etc.

Les assureurs répondent : au propriétaire seul il appartient de faire assurer ; vous ne l'étiez pas, vous n'avez donc pu valablement faire assurer de votre chef et à votre profit.

Et cela fut ainsi jugé ; la cour d'Aix décida, le 7 janvier 1823 (*J. M.*, 4, 1, 305), qu'au propriétaire seul appartient le droit de se faire assurer par lui-même ou par un commissionnaire. (110)

---

(110) Quelques autres décisions sont venues depuis s'ajouter à celles-ci ; mais toutes s'effacent devant un capital arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1876, qui a prononcé la nullité d'une assurance contractée par un créancier, et dont la doctri-

D'après cette décision et ceux qui s'y rallient, la règle générale serait donc qu'au propriétaire seul appartient le droit de faire assurer, en admettant néanmoins que ce propriétaire n'a pas besoin de faire l'assurance en personne, qu'il peut la faire comme toute autre convention, par un représentant, mandataire ou commissionnaire, ayant de lui pouvoir à cet effet.

Suffit-il pour nous qu'un tel rigorisme ait, au moins une fois, triomphé en justice, pour que nous devions désormais nous y soumettre de confiance et les yeux fermés ?

Non, la chose vaut encore la peine d'être pesée sérieusement au poids de la raison et du droit lui-même.

Est-il bien vrai que, pour faire assurer une chose par soi-même ou par un agent, il faille en être indispensablement propriétaire ?

Il y a, je crois; de très-bonnes raisons pour ne pas admettre cela d'une manière absolue.

Sur quoi se fonde en effet cette théorie rigoureuse ?

Sur la nature et la morale même du contrat : pour le distinguer de la gageure et le rendre légitime, il faut que l'assuré ait intérêt à la conservation de la chose,

---

ne a été, sur renvoi, adoptée par la cour de Paris le 22 janvier 1877 (*J. P.*, 1876, 254 et 1878, 1129 ; *J. M.*, 1876, 2, 255 et 1877, 2, 118). Nous aurons à revenir sur ces importantes décisions.

qu'il coure les risques de cette chose, et doive en supporter la perte possible.

Ce principe est vrai ; mais n'y a-t-il que le propriétaire d'une chose qui puisse avoir intérêt à sa conservation et courir les risques de la perte ?

Non, il en est d'autres que le propriétaire.

Mais à cela on fait plusieurs objections.

Vous admettrez donc, dit-on d'abord, à faire assurer la chose d'autrui toute personne qui se dira intéressée à sa conservation.

Le créancier du propriétaire se dira intéressé à la conservation de tout ce qui appartient à son débiteur. Et si le simple créancier chirographaire élève cette prétention, à plus forte raison sera-t-elle élevée par le créancier privilégié, qui n'a pas seulement un droit vague et flottant sur tout l'avoir de son débiteur, mais un droit positif et réel sur tel objet particulier.

A plus forte raison sera-t-elle élevée par le créancier gagiste qui a voulu être nanti, être mis en possession de l'objet lui-même.

Réponse : Je n'admets aucun de ceux-là, et par un motif commun à tous, c'est que le droit de créance est avant tout un droit personnel, dont l'existence, le sort ne dépend point de ce que tel ou tel objet restera dans l'avoir du débiteur ou sortira de ses biens.

Le créancier est chirographaire ; son droit est tout personnel, suit uniquement la personne du débiteur, est indépendant de tout ce qu'il peut posséder. Ce débiteur reste libre de vendre, donner, de laisser, dé-

truire même. Que, par son fait ou par force majeure, tout ou partie de ses biens disparaissent ; la créance n'en subsistera pas moins contre la personne.

Mais le créancier est privilégié ou gagiste : celui-là, il est vrai, accessoirement au droit personnel, a un droit réel. Mais ce droit accessoire, simple sûreté éventuelle du premier, peut s'éteindre par la perte de l'objet affecté, sans que pour cela subsiste moins dans toute sa force la créance, l'action contre la personne et tous autres biens du débiteur.

Il n'est donc pas vrai que le créancier, quel qu'il soit, coure les risques de la chose du débiteur, dans le sens exact et précis du mot, c'est-à-dire en ce sens que, la chose périssant, le droit périsse également et la créance cesse d'être.

A cet égard on peut, je crois, très bien opposer à l'opinion qui, de nos jours, tend à se répandre, celle des anciens maîtres de la science, et surtout de notre savant et judicieux Emérigon.

Il s'agissait, dans le temps, entre Valin et lui, du cas le plus favorable qui puisse s'offrir à un créancier.

Il s'agissait de savoir si des ouvriers ou fournisseurs pour construction ou radoub du navire pouvaient, en certains cas, faire assurer ce navire sur lequel l'Ordonnance leur assignait expressément un privilége.

Valin convenait (t. I, p. 315 et sq) qu'en thèse ordinaire l'ouvrier ou fournisseur ne le pouvait pas, que par lui-même, de son propre chef, ce créancier, tout privilégié qu'il était, n'avait pas qualité pour prendre une assurance sur la chose de son débiteur.

Mais, dans un cas donné, celui ou le propriétaire, mis en demeure de payer sa dette, donnerait des signes d'insolvabilité, il pensait que l'ouvrier ou fournisseur pouvait recourir à l'expédient que voici : sommer le débiteur douteux de déclarer s'il avait fait assurer sa chose, et s'il ne l'avait fait et refusait encore de le faire, demander au juge l'autorisation de faire lui-même assurer cette chose.

C'est contre ce biais proposé par Valin, comme exception à la règle admise par lui-même, qu'Emérigon proteste (t. II, p. 588 et 589) et s'élève avec force.

Il n'y a, selon lui, ni circonstance, ni autorisation qui tienne ; quelque crainte qu'il ait sur sa créance, autorisé ou non autorisé qu'il soit, et quelle que soit d'ailleurs la faveur de son privilége, jamais l'ouvrier ou fournisseur n'aura un titre valable pour faire, sur la chose de son débiteur, une assurance valable.

Il pourra bien, et cela concilie tout équitablement, se faire cautionner ou garantir sa créance par un tiers, ce sera alors une fidejussion d'une espèce particulière, il est vrai, mais qui ne sera jamais réellement une assurance, une assurance proprement dite. (111)

---

(111) C'est l'assurance de la solvabilité du débiteur, dont il était question dans l'article 20 de l'Ordonnance, et dont le Code n'a plus parlé, parce que, si c'est encore là une assurance (chose que nous croyons, et M. Cresp ailleurs n'en a pas douté), ce n'est plus, ce n'a jamais été une assurance maritime (cpr ci-dessus p. 79 et 80).

Soit, peut-on nous dire ; mais expliquez-vous enfin. D'une part vous refusez d'admettre qu'au propriétaire seul appartienne le droit de faire assurer sa chose ; et d'autre part vous refusez ce même droit à ses créanciers, quelque favorables, quelque privilégiés qu'ils puissent être.

Qui donc, selon vous, pourra, sans en être le propriétaire, courir véritablement les risques d'une chose et par suite la faire de son chef valablement assurer ?

Nous répondons : ce sera celui qui, en vertu d'une convention spéciale, ou par l'effet de certaines circonstances, *aura été mis au lieu et place du propriétaire, quant aux risques de la chose* ; et qui, la perte se réalisant, devra la supporter à la décharge du propriétaire, tout comme si elle lui appartenait à lui-même.

On en peut citer des exemples, sans sortir même de l'ordre civil.

Ainsi, en donnant un privilége ou un gage à mon créancier, je conviens avec lui (par dérogation au droit commun) que la chose, objet du privilége et du gage, sera à ses risques et non aux miens ; c'est-à-dire que, si elle vient à périr, je serai libéré envers lui, et il n'aura plus rien à prétendre.

Là l'existence, le sort de la créance est indivisible du sort de la chose ; tout périt ensemble, en sorte que le créancier en court vraiment le même risque que s'il était propriétaire.

En dehors d'une convention expresse, les circonstances peuvent avoir quelquefois le même résultat. Ainsi je

confie en dépôt une chose qui m'appartient. Le dépositaire, au lieu de se conformer à nos accords, dispose de la chose, de manière à en compromettre l'existence. Dès lors il se rend responsable des suites ; il prend à ses risques tout ce qui en arrivera ; et, si la chose périt, c'est pour son compte et non pour le mien qu'elle périra, bien que j'en fusse propriétaire et qu'il ne l'eût jamais été.

Des cas semblables ou analogues peuvent s'offrir et s'offrent en effet dans les matières maritimes ; et ceux qui, conventionnellement ou par le fait même, ont assumé les risques du propriétaire d'une chose, ont certainement droit et qualité pour se faire eux-mêmes assurer contre ces risques, tout comme s'ils en étaient propriétaires. (112)

Mais là précisément on nous arrête par la grande objection que voici.

Le droit d'aliénation est inhérent à la propriété, en est indivisible, n'en peut être détaché.

---

(112) C'est par suite de cette idée que le prêteur à la grosse peut faire assurer les sommes par lui prêtées et l'assureur se faire réassurer (art. 334 et 342). Dans ce système, la même faculté appartiendrait, selon nous, à tous les créanciers qui tiennent leur droit du chef du capitaine ; car l'armateur pouvant se libérer à leur encontre par l'abandon du navire et du fret, le sort de leur créance est intimement lié à celui du gage, et ils courent, quant à la chose, les mêmes risques que le propriétaire.

Nul autre que le propriétaire ne peut donc donner à l'assureur un privilége pour sa prime, et, bien moins encore, transporter la chose même à cet assureur, au moyen du délaissement ou abandon qu'on lui signifie.

Répondons sur ces deux points, et d'abord sur le privilége de la prime.

Est-ce que le privilége est de l'essence de l'assurance ? Est-ce qu'elle ne peut subsister sans cela ?

Bien loin de là, l'Ordonnance de la marine n'y avait nullement songé, n'avait concédé rien de pareil ; réglant en détail les priviléges sur les navires, elle n'avait rien dit de celui-là.

C'est seulement par raison d'équité que la jurisprudence et l'usage avaient fini par admettre ce privilége.

Le Code de commerce, il est vrai, a cru devoir en dire quelque chose.

Son article 191, n° 10, admet et range comme privilégiées les primes d'assurances sur corps de navire.

Mais 1° rien, là ni ailleurs, n'est dit des primes d'assurances sur facultés ; et c'est par raison d'analogie que la jurisprudence et l'usage ont cru devoir y étendre le privilége ; chose singulière, dans une matière où tout est de rigueur, un privilége établi d'abord par équité, étendu ensuite par analogie ! (113)

2° Quoi qu'il en soit, qu'importe qu'on admette

---

(113) Cpr t. I, p. 111 et sq.

qu'en général la prime est privilégiée sur l'objet assuré ?

Est-ce à dire, je le répète, qu'une assurance ne sera valable qu'autant que la prime aura un privilége ?

Est-ce que l'assureur, s'il veut y renoncer, n'a pas la même liberté que donne aux parties le paragraphe final de notre article ?

Pour se convaincre qu'il le peut très-bien, que le contrat n'en reste pas moins dans toute sa force, il n'y a qu'à voir ce qui arrive et ce que la loi admet, en matière de contrat à la grosse, qui est aussi au fond une assurance.

Là, la loi déclare très expressément que soit le navire, soit le chargement (selon que le prêt est fait sur l'un ou sur l'autre), sont affectés par privilége au capital prêté et au change maritime (art. 320).

Et là il semble qu'il y aurait plus de motif pour dire que le privilége est essentiel au contrat.

Et néanmoins ce contrat même peut très-bien se passer de privilége. En effet ce privilége est perdu, faute d'enregistrement dans les dix jours (art. 312), et le contrat n'en subsiste pas moins entre les parties comme contrat de grosse.

Mais comment écarter l'objection prise du délaissement ? Il y a là une aliénation bien complète, bien caractérisée, dans toute la force du mot.

Si l'action en délaissement était l'action unique naissant du contrat d'assurance, il faut avouer que le pro-

priétaire seul pourrait être assuré, puisque lui seul peut ainsi aliéner absolument sa chose.

Si même c'était l'action principale, naturelle, ordinaire du contrat, il y aurait au moins de quoi hésiter.

Mais de ce contrat il naît avant tout une autre action, l'*action d'avarie* ; et cette autre action est la plus primitive, la plus constante, la plus commune, la seule même qui dérive naturellement et rationnellement du contrat.

L'assurance, par elle-même, dans son essence et dans son but, n'est autre chose qu'un contrat d'indemnité ; c'est ainsi que le caractérisent les docteurs de tout temps et de tout pays.

Son intention première comme son effet naturel, essentiel, n'est pas de transporter la propriété de l'assuré à l'assureur, mais de transporter seulement les risques de l'un à l'autre.

L'assureur s'y rend garant de la perte ou du dommage possible ; s'il y a perte ou dommage, son obligation est de réparer le préjudice, d'indemniser l'assuré.

Voilà sa vraie obligation, et voilà l'action ordinaire et générale de l'assurance, s'appliquant à tous les cas, à tous les sinistres possibles.

Maintenant, pour favoriser particulièrement les armateurs et expéditeurs, pour les faire rentrer le plus tôt possible dans les valeurs qu'ils auraient exposées en mer, on a concédé que, par exception à une règle commune, et seulement dans quelques cas spéciaux appelés *sinistres majeurs* et, on le sait, très rigoureusement

limités (art. 369), ces assurés pourraient abdiquer après coup leur propriété, la transférer rétroactivement à l'assureur, et, au moyen de cet abandon, le forcer à payer l'ancienne et entière valeur de la chose, bien qu'il n'en restât que des débris, ou même qu'il n'en restât aucun.

C'est là, certes, une action exceptionnelle, extraordinaire, c'est un remède extrême, comme on l'a anciennement qualifiée, comme la qualifient Emérigon et d'autres, et comme on la qualifie encore de nos jours (Pardessus, t. III, p. 380 et 432).

Aussi est-il de règle et d'usage qu'en cas de sinistre majeur donnant ouverture au délaissement, l'assuré est parfaitement libre de l'exercer ou de s'en abstenir ; qu'il peut de préférence exercer la simple action d'avarie, à tel point que la loi l'autorise à revenir à cette action commune, même lorsque par le contrat il se la serait interdite (art. 409) ; tant il est vrai que c'est là l'action propre et naturelle, inhérente à toute assurance !

Ce contrat peut donc très bien se passer d'une action exorbitante, étrangère à sa nature, à sa substance, à ses règles intimes, à son équité même.

Il peut très-bien s'en tenir à l'action d'avarie ou d'indemnité, plus conforme à sa nature et à ses principes, et qui, plus généralement exercée, suffit d'ailleurs à ses besoins ?

Il en est d'autant plus ainsi que, dans leurs accords, les parties sont maîtresses, non seulement de restrein-

dre l'action d'abandon, d'en limiter l'exercice à moins de cas que n'en admet la loi, mais encore de l'exclure entièrement et de faire tomber tous les cas possibles, sans distinction, en simples avaries.

Ajoutons que, dans le nombre immense des assurances terrestres qui sont journellement pratiquées chez nous et même partout ailleurs, l'action d'abandon est entièrement inconnue ; on n'y admet et l'on n'y pratique constamment qu'une seule action, celle d'indemnité.

En résultat, peu importe donc que l'assuré, non propriétaire, mais (quant aux risques) aux lieu et place du propriétaire, n'ait pas qualité pour aliéner, par concession de privilége ou par concession de propriété.

L'action d'indemnité lui suffit et suffit à remplir tout le but du contrat, qui n'en sera pas moins un vrai et légitime contrat d'assurance (114).

B. A bout d'arguments, on se retranche à dire : mais enfin la loi est là ; le texte en est formel ; il veut qu'avec le nom de l'assuré le contrat énonce *sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire*.

Cela suppose bien que, dans l'esprit et l'intention du

---

(114) Il convient d'ajouter que, même dans ce cas, l'action en délaissement ne sera pas toujours impossible, en ce sens que le créancier assuré fera abandon à ses assureurs des droits qu'il peut avoir conservé contre son débiteur. L'article 17 de la loi du 10 décembre 1874, sur l'*hypothèque maritime*, contient une consécration formelle de ce point ; (voyez la note suivante).

législateur, le propriétaire d'une chose peut seul la faire assurer, par lui-même ou par un mandataire qui le représente.

A cela plusieurs réponses :

1° Sans relever en ce moment l'entorse donnée aux expressions comme au sens de la loi, nous disons d'abord que sur ce point, comme sur d'autres, l'article 332 est plus énonciatif qu'impératif.

Là, comme ailleurs, il indique plus qu'il ne prescrit ce qu'il est bon d'exprimer dans les polices, ce qu'il est convenable ou utile d'y insérer.

Sans doute, parmi cela, il y a des choses essentielles au contrat, dont l'omission pourrait le vicier dans son principe ou rendre impossible son exécution.

Mais il en est d'autres secondaires, accidentelles, dont le contrat peut se passer sans en être moins valide et exécutoire

C'est ce qu'anciens et modernes ont également reconnu ; le législateur a laissé à la doctrine et à la jurisprudence le soin de distinguer, et aux parties elles-mêmes, la liberté de déroger à telle ou telle de ses dispositions.

Or, l'expression de *qualité de propriétaire ou de commissionnaire* est-elle une de ces conditions tellement indispensables au contrat, que leur absence doive suffire pour entraîner nullité ?

Qui peut sérieusement le penser ? Emérigon surtout a regardé cela comme indifférent, sans intérêt pour les parties, libres de l'exprimer ou de ne pas l'exprimer.

Cette expression de qualité que l'Ordonnance recommandait aussi bien que le Code, il l'a regardée comme étrangère aux rapports entre assuré et assureur, comme ne concernant que les rapports entre le propriétaire ou intéressé et le commissionnaire agissant pour son compte. Et d'autres après lui l'ont considéré sous le même aspect (Emérigon, t. I, p. 52 et sq, Locré, t. IV, p. 27).

2° En supposant même que cela intéressât vraiment, au moment où il signe, l'assureur, et qu'on dût dès lors le lui déclarer dans la police même, ceux qui veulent en conclure que le propriétaire seul peut y être l'assuré, entendent et expliquent fort mal les expressions de l'article 332.

Ils raisonnent et concluent comme s'il était dit qu'il faut exprimer si l'assurance est faite, soit par le propriétaire en personne, soit par un pur et simple mandataire.

La disposition porte réellement qu'outre le nom et le domicile de l'assuré, on exprimera sa qualité de propriétaire ou de *commissionnaire*.

Et cela est fort différent de ce que l'on suppose.

Si, en effet, il était parlé du propriétaire et de son mandataire, comme pouvant seuls prendre une assurance, on pourrait dire : c'est toujours du propriétaire qu'il s'agit ; car le mandataire est son représentant, son organe ; ce mandataire, c'est lui-même.

Mais la loi ne parle nullement ainsi , elle dit

que l'assuré exprimera sa *qualité de propriétaire ou de commissionnaire*.

Or ce sont là deux personnes comme deux qualités bien différentes, bien distinctes, qui ne se confondent point, qui ne rentrent point l'une dans l'autre.

Elles tiennent à la diversité des règles, comme de situation, qui existent entre le *mandataire pur et simple* et le *commissionnaire* ; mais comme ceci nous entraînerait trop loin, et sera du reste mis en lumière dans un chapitre spécial, nous nous contenterons pour le moment d'avoir signalé la chose et fait ressortir la véritable pensée de la loi.

3° La loi entend si peu du reste qu'il n'y ait que le propriétaire d'une chose qui puisse la faire assurer, qu'à quelques articles de distance elle admet et autorise elle-même l'assurance prise par non propriétaire, mais qui court les risques de la chose, au lieu et place du propriétaire.

C'est ce que fait l'article 334, en ce qui concerne l'assurance des *sommes prêtées à la grosse*, et l'article 342 en ce qui concerne la *réassurance*.

Ni le prêteur à la grosse, ni l'assureur ne sont propriétaires, mais ils courent les risques ; ils ont, par cela seul, qualité pour faire assurer.

Et c'est précisément alors le propriétaire qui, garanti des risques, est inhabile à faire assurer ; c'est ce qui résulte de l'article 347 au sujet des sommes empruntées à la grosse, et de toutes les dispositions de la loi sur le *ristourne*.

Ce n'était donc pas comme propriétaire, mais comme courant les risques, qu'il était habile à faire assurer. Ce n'est pas à la propriété, mais au risque, que s'attachait ce droit. Pour savoir qui l'a, il faut demander, non qui a la propriété, mais qui court le risque.

4° Voyons d'ailleurs et enfin, à cet égard, l'usage en vigueur, la pratique universelle.

Jamais dans une police on n'a inséré et l'on n'insère ces mots de *propriétaire* ou de *commissionnaire.*

On se borne constamment à y énoncer ce qu'on appelle le *pour compte*, c'est-à-dire pour compte de qui se fait l'assurance.

Celui qui se fait assurer pour son propre compte déclare par là qu'il est lui-même l'intéressé, que c'est lui qui court les risques qu'il faut garantir.

Celui qui se fait assurer pour compte d'un tel, en le nommant, déclare par là que le dénommé est le véritable intéressé que concerne le risque, et que lui-même n'agit que dans son intérêt ou d'après son ordre.

Il arrive même, la plupart du temps, que celui qui agit ainsi pour le compte d'un autre, ne nomme nullement dans la police cet autre pour compte duquel il agit.

Ainsi les formules adoptées généralement sont celles-ci : un tel se fait assurer *pour le compte de la personne qui sera nommée au connaissement*, ou bien *pour le compte des intéressés*, ou bien enfin et mieux encore, *pour le compte de qui il appartiendra.*

Dernière formule très-usitée et très-remarquable,

qui embrasse et enveloppe tout : clause générique, s'il en fut, qui permet d'appliquer le *pour compte* à tout propriétaire, à tout intéressé, à tout chargeur, à toute personne enfin qui se trouve nommée dans des connaissements conformes à la police ; clause à qui l'usage, la doctrine et la jurisprudence ont donné ou reconnu une force et une étendue telles, que l'assuré pour compte peut, au besoin, se l'appliquer à lui-même et dire : c'est pour mon propre compte que l'assurance a été prise (à la condition, bien entendu, qu'il justifiera de son intérêt par connaissement à son nom).

En sorte que, se faire assurer pour le compte de qui il appartient, signifie de la part de l'assuré que c'est tant pour son propre compte que pour compte d'autrui, quel que puisse être le propriétaire ou intéressé.

Ainsi l'admet et l'explique Emérigon et tout le monde avec lui (Emérigon, t. I, p. 142, 311 ; Estrangin, p. 358 et sq).

Mais, peut-on dire, n'y a-t-il pas dans de telles formules, si vagues, si élastiques, quelque chose de dangereux et d'alarmant, soit pour l'assureur qui s'engage, sans pouvoir distinguer ni même prévoir au profit de qui tournera son engagement, soit pour la légalité même du contrat qui doit se fonder, non pas exclusivement sur un intérêt de propriété, mais du moins toujours sur un intérêt équivalent.

Non, si du moins on veut procéder régulièrement ; il n'y a là au fond nulle crainte à concevoir, nul danger réel à courir.

Quoi que porte la police, quelles qu'en soient les expressions, le principe au fond sera toujours et nécessairement garanti et respecté.

Comment cela ? Voici : lorsqu'on en viendra à l'essentiel, c'est-à-dire à l'exécution du contrat, l'assuré dénommé comme tel ne pourra exercer les actions en dérivant pour lui, sans au préalable avoir justifié de toutes les conditions légales.

Il sera obligé, avant tout, de produire et communiquer à ses assureurs toutes les pièces et documents usités en cette matière et propres à établir la réalité de la chose assurée, sa valeur vraie, sa mise en mer, son existence à bord lors du sinistre, ce sinistre lui-même et sa consistance.

Et toutes ces justifications pourront être examinées, discutées, et, le cas échéant, combattues par les assureurs.

Ce devoir de l'assuré et ce droit des assureurs sont reconnus et établis dans nombre de dispositions du Code ; on peut voir notamment ses articles 329, 383, 384, etc.

Or, de ces productions et débats contradictoires, doit infailliblement sortir la révélation du véritable intéressé à l'expédition et à l'assurance ; et selon que son intérêt sera reconnu légitime ou non, l'assurance sera par suite maintenue ou annulée.

Ainsi, en définitive, jamais le principe ne sera violé, jamais le vœu de la loi ne sera trompé (115).

---

(115) Nous devons ajouter un *post-scriptum* aux développements si fins et si ingénieux qui précèdent. La question de

Nous verrons plus loin, dans un chapitre spécial, quelles choses peuvent faire l'objet licite d'une assurance.

---

l'assurance faite par un autre que le propriétaire, n'est pas aujourd'hui aussi entière qu'elle l'était sous l'empire du Code de commerce. L'article 17 de la loi du 10 décembre 1874, sur l'*hypothèque maritime*, porte en effet ce qui suit : *En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers* (hypothécaires) *s'exercent sur les choses sauvées ou sur leur produit, alors même que les créances ne seraient pas encore échues. Ils s'exercent également dans l'ordre des inscriptions sur le produit des assurances qui auraient été faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué. Dans le cas prévu par le présent article, l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance.* LES CRÉANCIERS INSCRITS OU LEURS CESSIONNAIRES PEUVENT DE LEUR COTÉ FAIRE ASSURER LE NAVIRE POUR LA GARANTIE DE LEURS CRÉANCES. LES ASSUREURS AVEC LESQUELS ILS ONT CONTRACTÉ SONT, LORS DU REMBOURSEMENT, SUBROGÉS A LEURS DROITS CONTRE LE DÉBITEUR. La question est donc tranchée pour les créanciers hypothécaires ; elle l'est aussi et par cela même (quoiqu'on en ait dit) pour les créanciers privilégiés, car on ne comprendrait point que ceux-ci, qui sont en droit les plus favorisés, n'eussent pas une faculté dont jouissent les autres, et il résulterait du système contraire, s'il était admis, qu'ils auraient intérêt à troquer leur qualité contre celle d'hypothécaires, ce qui constituerait une véritable cacophonie juridique.

Restent donc les créanciers chirographaires ; ceux-là ne

Cet objet licite, quel qu'il soit, doit nécessairement être convenu, être exprimé dans le contrat, dans la police qui en est dressée.

---

peuvent pas sans doute se prévaloir de la disposition de la loi de 1874, et continuent à être régis par la règle de l'article 334 du Code de commerce. Si l'on admet cependant, par une vraie ou fausse interprétation de cette règle, qu'ils ne peuvent, pour leur garantie personnelle, faire assurer la chose de leur débiteur, on arrive à ce résultat que les créanciers qui auraient le plus grand besoin de cette assurance, seraient les seuls à ne pas pouvoir la pratiquer. Pour accepter une pareille conséquence, il faudrait y être contraint par un texte bien formel. Ce texte existe-t-il ici ? Nous demandons la permission d'en douter. Nous avons fait remarquer à plusieurs reprises qu'il était parfaitement licite à un créancier de faire assurer la solvabilité de son débiteur ; cette assurance, avons-nous dit, n'est peut-être pas une assurance maritime, mais à coup sûr c'est une véritable assurance, car il y a ici un risque réel couru par le créancier. Or, qu'est, sous une autre forme, l'assurance de la chose du débiteur, si ce n'est l'assurance de la solvabilité elle-même, puisque la solvabilité dépend de la conservation de la chose, et que ce sont là les deux termes d'une même idée. La seule différence que l'on pourrait trouver entre ce cas et la situation ordinaire (celle du propriétaire qui se fait assurer), serait relative à la nature du contrat, terrestre ici, maritime ailleurs. Mais outre que la chose a fort peu d'importance aujourd'hui, en l'état de la latitude complète laissée aux *compagnies d'assurance* d'assurer toute espèce de risques, l'idée serait encore contestable, car du moment que la conservation de la

On ne concevrait pas un acte de ce genre, sans l'expression de la chose ou des choses qui en sont l'aliment, la matière même.

---

chose, ou soit la solvabilité du débiteur, dépend d'un événement de mer, le risque est maritime, et le contrat aussi (*).

Nous devons terminer par une observation qui a son intérêt. Nous avons supposé jusqu'à présent, pour nous tenir dans les termes indiqués par le texte, que le créancier avait fait assurer la chose même de son débiteur. Mais il pourrait avoir pris un autre biais et avoir fait assurer sa créance elle-même. La solution s'en trouverait-elle modifiée ? En aucune façon ; car c'est toujours sous une forme ou sous une autre, sa créance ou plutôt la solvabilité de son débiteur que le créancier fait assurer. Ce qui le prouve, c'est que, dans un cas comme dans l'autre, l'assurance n'aura jamais lieu que jusqu'à concurrence du chiffre de la créance, car ce n'est que dans cette limite que l'assuré a intérêt au contrat. Toutes ces hypothèses ne comportent donc qu'une solution unique, car elles ne constituent que des faces différentes d'une même question. La jurisprudence paraît ne pas l'avoir compris ainsi, car tandis qu'elle repousse, ainsi que nous l'avons vu, l'assurance de la chose même du débiteur, elle admet et approuve celle de la créance elle-même ; voy. cass., 26 avril 1865 (*D. P.*, 1865, 1, 415).

(*) Nous venions d'écrire ces lignes, lorsqu'il nous est tombé sous les yeux une annotation de l'arrêt de la cour de Paris, du 22 janvier 1877, due à la plume savante et judicieuse de M. Lyon-Caen, et dans laquelle les idées exprimées par nous sont indiquées en quelques traits saisissants. Nous sommes trop heureux de cette conformité de vues, pour ne pas la signaler avec empressement.

Mais comment doit s'y faire cette expression obligatoire et obligée ?

A cet égard, il faut le dire, notre article 332 offre peu d'ordre, de clarté et de précision.

Deux principaux sujets d'assurance, le navire et le chargement, le corps et les facultés y sont seuls vaguement et confusément indiqués.

Dans un de ses paragraphes, l'article veut qu'on exprime *le nom et la désignation du navire, le nom du capitaine.*

Dans un paragraphe plus éloigné, entremêlé à d'autres qui n'y ont pas un rapport marqué, il veut qu'on exprime *la nature et la valeur ou l'estimation des objets que l'on fait assurer.*

Cela a grandement besoin d'être éclairci, distingué et même complété.

Et, pour y parvenir, il ne faut pas perdre de vue, mais au contraire se rappeler constamment ce principe fondamental posé par l'article 348, que toute réticence, toute fausse déclaration, toute différence qui diminuerait l'opinion du risque et en changerait le sujet, annule l'assurance, lors même que cela n'aurait pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré.

Séparons autant que possible le navire de son chargement ; je dis *autant que possible*, car ce qui concerne l'un mène assez souvent à ce qui concerne l'autre, et il est d'ailleurs certaines conditions qui leur sont communes.

Quant au *navire* même, la loi veut avant tout que le contrat en exprime le *nom*.

Cette nomination est-elle, ou non, commandée comme indispensable ?

L'est-elle, ou non, dans toute assurance sur corps comme sur facultés ?

Il faut d'abord ici distinguer.

Si l'assurance est sur corps, c'est le navire seul qui est le sujet ou l'aliment direct, la matière même du contrat.

On ne peut par cela même se dispenser de le nommer. Car que serait une assurance portant sur navire indéterminé, sur tout navire quelconque ?

L'assuré pourrait donc, à son choix, appliquer le risque à tout navire, au premier venu ! Si un navire, quel qu'il fût, venait à périr, il pourrait à son gré dire à son assureur : voilà le navire que j'ai entendu vous faire assurer ; payez-moi la perte !

Bien évidemment, il faut, pour sujet ou aliment au contrat, un navire déterminé, dont l'identité ne soit pas douteuse, qui ne puisse être confondue avec d'autres dans l'immensité de ceux qui existent et naviguent.

Or le premier et principal moyen de fixer cette identité, c'est de caractériser le navire qu'on a en vue, par le nom spécial qui lui a été assigné, sans préjudice des autres moyens qui peuvent concourir à son exacte détermination. (116)

---

(116) M. Cresp a donné ailleurs une indication plus détaillée de ces moyens (voy. t. I, p. 58 et sq).

Cela même a son importance lorsque l'assurance est sur *facultés*, car, en général, habituellement ces facultés ne s'entendent pas, ne peuvent s'entendre de marchandises qu'on chargerait sur un navire quelconque, sur tout navire au choix de l'assuré, mais seulement de marchandises chargées et transportées sur tel navire déterminé.

Ce navire, il est vrai, n'est pas alors le sujet propre, direct du risque ; il n'est, comme le disent les docteurs, que le lieu du risque ; mais ce lieu est aussi d'un grand intérêt pour l'assureur ; il influe beaucoup sur le risque qu'on lui propose et sur l'opinion qu'il s'en forme, et, sous ce rapport, il rentre dans les termes de l'article 348 et dans les énonciations de l'article 332.

Il faut donc, même dans ce cas d'une assurance sur facultés, exprimer le nom du navire.

Mais, dans ce même cas, il n'est pas interdit aux parties de laisser à l'assuré une certaine latitude et de lui permettre, tout en nommant le navire, d'ajouter *ou tout autre pour lui* ; clause usitée, quand cet assuré, au moment du contrat, n'est pas bien certain que le navire qu'il nomme pourra charger et transporter sa marchandise.

Avec cette clause, il pourra au besoin charger sur un navire d'un autre nom.

Sans cette clause, il ne le pourra pas ; la substitution au navire nommé entraînerait nullité.

Mais que décider si un seul navire étant désigné et

nommé au contrat, il arrive que ce navire y ait été désigné sous un nom qui n'est pas exactement le sien, qui en diffère plus ou moins ?

Le vœu de la loi serait-il suffisamment rempli ?

Selon les docteurs, cela dépendrait du degré de différence entre le nom vrai et le nom déclaré.

Si la différence est très-grave, s'il n'y a aucune ressemblance entre les deux noms, on décide, en doctrine comme en jurisprudence, que la fausse déclaration emporte nullité, qu'elle soit d'ailleurs volontaire ou non, qu'elle provienne d'erreur ou de fraude, ce qui rentrerait encore dans la règle de l'article 348.

Voici les exemples qu'on en donne :

On déclare sous le nom de l'*Alcide* un navire qui se nomme réellement le *Lys*, sous le nom de *Régulus* celui qui se nomme le *Neptune*.

Quelle dissemblance et quel moyen de reconnaître le vrai nom du faux !

Mais si la différence est moins grande, s'il y a dans l'un des noms quelque chose qui se trouve dans l'autre, quelques juristes se montrent moins difficiles.

Ainsi ils maintiennent une assurance, même sur corps, où le navire a été appelé dans une des polices le *Lion-Heureux*, et dans une autre police l'*Heureux*, et où d'ailleurs les polices ont nommé des capitaines différents.

Ainsi encore on maintient une assurance sur trois polices, dont l'une nomme le navire le *Saint-Antoine*, l'au-

tre la *Vierge-des-Douleurs*, l'autre enfin le *Saint-Antoine et la Vierge-des-Douleurs*.

Il faut avouer que c'est aller un peu loin ; comment les assureurs des diverses polices peuvent-ils apercevoir là un navire identique ? N'arrivera-t-il pas que tel ou tel assureur, trompé par de telles apparences, croira que ce sont là tout autant de risques distincts, et qu'il se trouve pourtant, par sa signature sur plusieurs polices, avoir souscrit un seul et même risque pour une somme bien plus considérable qu'il n'était dans son intention et dans ses moyens ?

N'arrivera-t-il jamais d'ailleurs qu'au moyen de ces inexactitudes combinées un assuré fasse tomber le dommage ou la perte sur tels ou tels assureurs qu'il voudra ?

Il convient donc de se tenir, à cet égard, dans une juste et équitable mesure.

Si l'inexactitude du nom est assez légère ; si, par d'autres circonstances, elle est plus ou moins facile à reconnaître ou à réparer, et si surtout elle ne provient que d'une simple erreur d'orthographe ou de lecture, l'équité pourra sans doute porter à l'indulgence ; ce ne sera pas le cas de *pointiller*, comme disent les auteurs.

Ainsi il est arrivé que dans un ordre ou commission d'assurance donné à un correspondant, l'écriture ait permis de lire comme nom du navire la *Jeune-Louise* au lieu de la *Jeanne-Louise*, de lire le *Destin* pour le nom d'homme le *Destaing*.

Ainsi, pour une assurance sur le navire le *Wilhems* suédois, on a présenté un connaissement où le navire était dénommé *il Guglielmo suedese*.

Ce n'était que la traduction italienne du vrai nom suédois, traduction qui fut admise comme équivalent.

Même cas et même décision pour le navire assuré sous le nom de *Saint-Joseph*, expédié d'Italie sous le nom de *Santo-Giuseppe*.

Au surplus, pour prévenir à ce sujet toute difficulté, l'assuré incertain sur le véritable nom du navire n'a qu'à prendre la précaution que voici : c'est dans la police même, d'en avertir son assureur et de lui rendre commune son incertitude.

J'en puis citer un exemple dans une assurance prise sur le navire appelé, disait la police, *Anna ou Hanna ou Anaïs, ou tel autre nom qui plus exact serait*. (117)

Mais, en règle, la loi ne se contente pas du nom du navire ; elle veut de plus et distinctement sa désignation, ce qui ne peut signifier que sa *qualification*, d'après les diverses classes où sont rangés les bâtiments de mer.

---

(117) Cet exemple est tiré d'un arrêt d'Aix du 16 avril 1839 ; cpr aussi Marseille 8 décembre 1836 et 20 juillet 1841 (*J. M.*, 16, 2, 17, 18, 1, 116, et 20. 1, 288). Ce sont là du reste des idées courantes, soit en doctrine, soit en jurisprudence ; voy. à défaut d'autres, Bédarride, n°s 1046, 1048, 1052 et 1053.

Vous savez que l'usage en distingue de plusieurs espèces, à raison de leurs dimensions, de leur forme, de leur mâture ou voilure, *trois-mâts*, *avisos*, *pinques*, *felouques*, *tartanes*, etc.

Le progrès moderne a fait une distinction plus marquée encore entre les bâtiments à voiles et les bâtiments à vapeur.

Quoi qu'il en soit, que s'est-on proposé par ces sortes d'indications ?

C'est apparemment de toujours mieux fixer l'identité du navire assuré, ou portant la marchandise assurée.

Mais cela importe-t-il à la validité du contrat ?

Non, sans doute ; quelque utile que puisse être ce surcroit de désignation, nul n'a pu penser que, de son omission, pût dépendre le sort de l'assurance.

L'ancienne Ordonnance n'en avait pas même parlé. Si le Code l'a comprise dans ses énonciations, nos auteurs se sont accordés à ranger celle-ci parmi celles qui sont facultatives aux parties. (118)

---

(118) M. Bédarride parait être d'un avis contraire (n° 1051); il est certain que la *désignation*, entendue dans le sens large et complet du mot, a pratiquement une autre importance que la simple indication du nom, et le plus souvent elle arrivera beaucoup mieux que celle-ci à édifier l'assureur sur l'étendue du risque qu'il assume. Mais on voit tout de suite que ceci est en dehors de la question d'identité du navire, laquelle se trouvera communément fixée par le seul fait de la dénomination, et

Mais prenons garde à ceci : c'est que la chose peut acquérir une grande importance, si, dans la police, comme il est d'ailleurs d'usage, on a exprimé telle qualité pour le navire, et qu'il se trouve en fait que cette qualité est fausse ou inexacte.

L'assureur pourra fonder sur cette fausse qualification l'exception que lui donne l'article 348 du Code.

La force de l'exception dépendra de l'aggravation du risque, qui résulterait de la différence entre la qualité supposée et la qualité réelle du navire.

Si sa vraie qualité est égale ou même supérieure à la qualité énoncée, si en fait on a donné à l'assureur autant et plus que ce dont il se contentait, pourrait-il jamais raisonnablement, équitablement s'en faire un sujet de plainte et d'annulation ?

Ainsi l'a jugé contre l'assureur notre ancienne Amirauté, dans une espèce où la police avait qualifié *polacre* ce qui se trouvait être une *pinque* (Emérigon, t. I, p. 163 et 164). Il y avait entre les deux bâtiments quelque différence de voilure, mais point de différence d'échantillon, c'est-à-dire que la force et la résistance en étaient les mêmes.

Mais si au contraire la qualité énoncée est supérieure

---

c'est en se plaçant au point de vue de la *réticence* que l'assureur pourra se faire un grief du défaut de désignation suffisante, et de l'ignorance dans laquelle on l'a laissé touchant telle ou telle circonstance essentielle du risque.

à la véritable, il y a pour l'assureur intérêt et motif légitimes à se plaindre, à vouloir annuler.

C'est le cas qui s'offrit encore à l'Amirauté ; la police avait qualifié de *vaisseau* ce qui n'était que *tartane* ou *bateau*. (Emérigon, *ibid.*) Or, le mot *vaisseau*, dans l'usage, ne s'entendait que des *trois-mâts*, c'est-à-dire des plus forts bâtiments du commerce. On annula donc pour fausse qualification.

Remarquez pourtant qu'il peut arriver qu'il y ait lieu à annulation, à raison même de la qualité supérieure à celle énoncée, et qui serait ensuite reconnue dans le navire.

Cela tient au genre de navigation que ce navire devait accomplir.

S'il s'agit d'un *voyage de long cours*, c'est-à-dire de naviguer loin des côtes, dans les hautes mers, sans doute la plus grande force du navire aura été pour l'assureur une garantie plus grande contre les sinistres possibles, et il ne pourra se faire une arme de cet avantage.

S'il s'agit de *cabotage*, c'est-à-dire de naviguer de côte en côte, à portée de terre, les petits bâtiments conviennent mieux, courent moins de dangers que les plus gros navires ; moins volumineux, moins plongeants, ils ont bien moins à craindre des bas-fonds, des écueils, des pirates ou de l'ennemi.

Si donc, dans ce cas, à l'inverse du précédent, c'était une *tartane* ou *bateau* qu'on eût énoncé, au lieu d'un *vaisseau* ou *trois-mâts* dont vraiment il s'agissait,

il y aurait aggravation de risque, dans la supériorité même de la qualité réelle sur la qualité déclarée.

C'est ce qu'admettent très-bien la doctrine et la jurisprudence, modernes comme anciennes. (119)

---

(119) Les observations qui précèdent doivent également recevoir leur application, en ce qui concerne d'autres particularités plus accessoires du navire, telles que l'*inscription sur les registres du Véritas*, et tel ou tel détail (la *cote* notamment) de cette inscription. Comme il ne s'agit pas ici d'une institution ayant un caractère officiel, et remplissant un mandat reconnu d'utilité publique, il s'ensuit tout d'abord que l'assuré ne serait pas obligé, le cas échéant, de déclarer le défaut d'inscription, ce défaut d'inscription n'impliquant nullement une mauvaise note du navire. Et ce que nous disons de l'hypothèse où le navire n'aurait jamais été inscrit, il faudrait l'admettre également au cas où le bâtiment, ayant d'abord été été inscrit, aurait depuis, par une décision unilatérale de son propriétaire, cessé de l'être. Ce fait, dans les conditions où il s'est produit, n'a pas plus de signification que le précédent, et pas plus que celui-ci n'a été de nature à influer sur l'opinion que l'assureur a dû avoir du risque ; un àrrêt de la cour d'Aix du 8 août 1866, est formel en ce sens (*J. M.*, 1867, 1, 163). Mais il n'en serait plus ainsi si la cessation de l'inscription était due à la Compagnie elle-même, si elle tenait au refus opposé par celle-ci, soit d'admettre le navire d'une façon générale, soit de lui accorder ou maintenir la cote demandée. Ces diverses circonstances, étant donnée la considération dont jouit le registre du *Véritas*, ont trop de signification pour n'être pas portées à la connaissance de l'assuré, et la dissimulation qui en serait faite constituerait un véritable cas de réticence, tombant sous le coup de l'article

Aux nom et qualification exacte du navire, la loi ajoute l'énonciation du *nom du capitaine*.

C'est encore et toujours pour mieux fixer l'identité du navire et du risque qui s'y rattache.

---

348. La cour de Paris l'a décidé ainsi par arrêt du 16 février 1860 (*D. P.*, 1860, 5, 26; *J. M.*, 38, 2, 96). Un jugement du 22 février 1873, du tribunal de commerce de Marseille (*ibid.*, 1873, 1, 269), contient, il est vrai, une solution contraire; mais il est à remarquer que le navire avait été, en l'espèce, inscrit sur les registres d'une compagnie analogue à celle du *Véritas*, et moins bien notée qu'elle dans l'opinion commerciale ; ce qui devait faire présumer un refus d'inscription de la part de celle-ci et éveiller l'attention des assureurs. Et encore, même avec ce tempérament, cette solution ne nous parait-elle point devoir être approuvée.

Si la simple réticence peut, en ce qui concerne les énonciations du *Véritas*, être une cause de nullité du contrat, *à fortiori* en est-il de même de la fausse déclaration, même faite de bonne foi ; il nous suffit de renvoyer sous ce rapport aux notions de principe, si clairement exposées par M. Cresp ci-dessus p. 191 et sq, et notamment p. 205. Cette solution a été admise sans difficulté par la cour d'Aix, dans une affaire récente, à notre connaissance personnelle, où la bonne foi de l'assuré était parfaitement établie, et où d'autre part la nullité du contrat devait entraîner pour celui-ci des conséquences particulièrement douloureuses. C'était la loi cependant; et l'assuré était plus répréhensible d'avoir déclaré une cote dont il n'était pas sûr et qui n'avait pas encore été obtenue, que l'assureur d'y avoir cru et d'en avoir fait dépendre son opinion du risque; voy. Aix, 4 décembre 1873 (*J. M.*, 1874, 1, 129).

Mais cette énonciation accessoire, secondaire, ne saurait être regardée comme d'absolue nécessité, car (c'est la remarque d'Emérigon) il peut se faire que, dans certains cas, il soit impossible à l'assuré lui-même de savoir qui commandera le navire.

En pareil cas, nous le verrons, l'article 337 du Code dispense de nommer le capitaine, et même bien plus que le capitaine.

Alors l'assureur est censé s'en être remis au choix que ferait l'assuré.

Mais d'ailleurs, si une fois la police a nominativement désigné tel capitaine, il n'est plus permis à l'assuré de le changer à son gré.

L'assureur est dès lors autorisé à dire : c'est l'habileté personnelle, la bonne réputation du capitaine nommé qui m'a décidé à prendre le risque ; ce qui a influé sur ma détermination n'a pu éprouver aucun changement, à moins qu'il ne fût consenti par moi avant le départ, ou qu'en cours de voyage il ne survienne tel événement, telles circonstances qui le rendissent inévitable.

Pour prévenir sur ce point toute difficulté, une clause est habituellement insérée dans la police : en énonçant tel capitaine dénommé, elle ajoute *ou tout autre pour lui*.

Par là l'assuré est autorisé à changer librement de capitaine, avant le départ comme pendant le voyage. (120)

---

(120) C'est surtout dans les polices d'assurances sur *facultés* que cette clause se trouve écrite, car il aurait été injuste dans

On s'est demandé si, dans une assurance, il fallait déclarer le pavillon, la nationalité du navire ou du capitaine ?

Je dis *du navire ou du capitaine*, car la nationalité de l'un entraîne la nationalité de l'autre ; en France et partout ce sont les nationaux seuls qui peuvent commander les navires nationaux (voy. t. I, p. 82 note 25).

L'Ordonnance n'exigeait point et le Code n'a pas davantage exigé qu'on déclarât le pavillon, la nationalité.

On peut donc sur ce point garder le silence, l'assureur sera censé s'en remettre à l'assuré, et s'obliger, quel que soit le pavillon.

Mais si on s'en est expliqué, si la police donne telle ou telle nation au navire ou capitaine, il faut que cette nationalité soit réelle, et si elle est autre, l'assurance est nulle ou susceptible d'être annulée.

---

cette hypothèse de rendre l'assuré victime d'un changement de capitaine qu'il n'était pas en son pouvoir de prévenir (cpr. t. I, p. 471, et t. II, p. 84 et la note). Mais rien n'empêche qu'elle ne le soit aussi dans les assurances sur *corps*, lorsque l'armateur veut se réserver toute liberté à cet égard. Mais, dans tous les cas, qu'il s'agisse d'assurances sur *corps* ou d'assurances sur *facultés*, cette clause ne saurait autoriser l'assuré à indiquer sciemment un capitaine autre que le capitaine réel ; et cela est vrai également du navire. La fraude fait exception à toutes les règles comme à toutes les conventions. En ce sens Bédarride, n° 1060 ; Bordeaux, 29 mars 1848 ; Aix, 23 février 1862 (*D. P.*, 1848, 2, 70, *J. M.*, 27, 2, 55, 1862, 1, 48.)

Pourquoi? Parce qu'il n'y a pas conformité, identité du risque.

L'un est ou peut être bien différent de l'autre, dans l'opinion des assureurs.

Telle nation peut être en guerre, et telle autre rester neutre.

Nous avons vu tel pavillon être respecté par les Barbaresques ou pirates, et tel autre l'être beaucoup moins.

D'ailleurs les constructions navales, les gréements, mâtures, voilures diffèrent suivant les nations, et garantissent plus ou moins de sûreté ou de vitesse.

Les capitaines marins, nationaux et étrangers, peuvent passer pour plus ou moins habiles, pour plus ou moins honnêtes.

Il y a des exemples d'annulation pour fausse déclaration de nationalité.

Ainsi une assurance avait été faite sur navire ou capitaine danois; il était suédois; le contrat fut annulé par les tribunaux toscans (Baldasseroni, t. I, p. 129).

Emérigon cite, en l'approuvant, cette décision, et il ajoute de son chef qu'une assurance faite sur navire gênois serait nulle si le navire était parti sous pavillon toscan (t. I, p. 172).

Dans le cas même où, nommant un capitaine, on a employé la clause *ou tout autre pour lui*, si le capitaine nommé était français, je suppose, on ne pourrait lui en substituer un d'une nation différente. Il y aurait là aggravation de risque, surtout en temps de guerre,

si le capitaine nommé était de nation neutre, et que le nouveau capitaine fût de nation belligérante.

Venons-en à ce qui concerne plus particulièrement l'assurance *sur facultés*, sur les marchandises ou autres objets dont se compose le chargement.

Dégageant des paragraphes de l'article 332, parmi lesquels on l'a mal à propos intercalé, celui qui se rapporte à notre objet actuel, nous y lisons qu'il faut exprimer *la nature et la valeur ou l'estimation des marchandises ou objets que l'on fait assurer.*

Il y a là deux choses indiquées ; c'est d'abord la nature des marchandises ou objets de l'assurance sur facultés ; c'est en second lieu la valeur ou estimation de ces mêmes objets.

Il faut ne pas les confondre et les considérer séparément.

Et d'abord la loi veut qu'on exprime la *nature* des marchandises assurées.

Que faut-il entendre par là ?

Par ce mot *nature*, assez vague et élastique en lui-même, la loi a-t-elle voulu une désignation spécifique de la chose ? A-t-elle voulu qu'on exprimât l'espèce des marchandises, leur qualité propre, et, de plus, leur consistance en nombre, mesure ou quantité ?

Pour l'identité complète du risque, il serait à désirer qu'on pût la faire ainsi, qu'on pût toujours prévenir toute confusion, toute équivoque à cet égard, en expri-

mant si c'est du vin, de l'huile, du blé, de la toile, du coton, ou telle autre espèce de denrée ou marchandise ; qu'on exprimât même le nombre de mesures, de futailles, balles, colis, et que cela fût distingué par numéros ou autres marques.

La chose se fait ainsi, ou du moins est recommandée pour les *connaissements* ou preuves légales du chargement des marchandises (art. 281 Cod. com.)

Mais pour les polices sur *facultés*, ce n'est pas ainsi qu'on procède habituellement, et même, la plupart du temps, ce procédé serait de toute impossibilité.

En effet, souvent il arrive qu'au moment du contrat l'assuré n'ait pas encore en mains les connaissements de sa marchandise ; qu'il ne puisse pas même les avoir, par la raison bien simple qu'ils ne sont et ne peuvent encore être dressés, attendu que la marchandise n'a pas été encore chargée, bien plus, qu'elle n'est pas même encore achetée.

Mais, peut-on dire, pourquoi donc alors se tant presser de faire assurer ? Pourquoi ne pas attendre que tout cela soit accompli et qu'on sache bien quel sera l'objet assuré ?

Voici la réponse :

Un négociant a fait pour son compte un envoi de marchandises dans un pays lointain, en Amérique, en Australie, au fond des grandes Indes.

Il les a adressées ou consignées à une personne du pays, avec ordre de les vendre et d'en employer le produit en achat de denrées ou marchandises qu'il sera

possible de s'y procurer, et qu'on lui expédiera en retour par tel ou tel navire qu'il sera également possible de s'y procurer.

Faudra-t-il attendre, pour faire assurer ses retours, qu'il ait reçu avis et connaissement de toutes ces opérations accomplies ?

Mais cette attente pourra lui coûter bien cher ; car il est possible que, tout cela ayant été fait avec facilité et rapidité, il apprenne en même temps l'expédition qui lui a été faite et la perte qu'elle a déjà subie en mer.

Et alors il sera bien temps de vouloir se faire assurer contre une perte déjà éprouvée, déjà consommée, et qui, connue de lui, ne peut plus être l'objet licite d'une assurance !

Il faut donc au contraire qu'il se hâte, à tout événement, sans rien savoir encore, de se faire garantir un risque qui ne pourra que plus tard être déterminé, qu'il ne peut à présent déterminer, car c'est un axiome qui s'applique à tout, qu'*à l'impossible nul n'est tenu.*

Or telle est fréquemment, dans le commerce, la position et l'impossibilité où se trouve un assuré.

De là il arrive que, dans les polices, on se contente souvent et forcément d'énoncer que l'assurance est faite sur *facultés*, sans autre désignation que ce mot générique, qui, dans l'intention des parties, embrasse et s'applique à toute espèce d'objets qui se trouvera avoir été chargée et dont le connaissement pourra par la suite être représenté.

Seulement on exprime ordinairement que l'assurance

est faite sur *facultés, quelles qu'elles soient, en quoi qu'elles consistent ou puissent consister*, qui auraient été ou seraient chargées effectivement, indiquant, par ces expressions ou autres pareilles, qu'on entend déroger, en tant que de besoin, à la prescription de la loi.

Au surplus, la loi a bien marqué elle-même qu'elle ne regardait pas une désignation spéciale comme d'absolue nécessité.

Son article 355 porte : *il sera fait désignation dans la police des marchandises sujettes par leur nature à détérioration particulière ou diminution, comme blés ou sels, ou marchandises susceptibles de coulage ; sinon les assureurs ne répondent point des dommages ou pertes qui pourraient arriver à ces mêmes denrées*, etc. (121)

La désignation, l'expression de l'espèce n'est là commandée qu'autant qu'il s'agit de ces sortes d'objets appelés, dans l'usage, objets *périssables* par eux-mêmes.

---

(121) On a été plus loin encore dans la pratique, et les assureurs, mis en éveil par des fraudes nombreuses commises à leur égard, ont désigné par avance, dans les formules imprimées des polices, certaines catégories d'objets, au sujet desquelles ils ont déclaré ne vouloir répondre de rien, à moins qu'on ne justifiât d'un événement de mer caractérisé ; voy. art. 10 de la police française sur *facultés* et le commentaire de M. de Courcy, p. 260 et sq. Le terrain d'application de l'article 355 se trouve donc par là considérablement réduit, et en fin de compte il est encore moins nécessaire aujourd'hui qu'autrefois de désigner d'une façon spéciale la marchandise assurée.

D'où il suit d'abord qu'on peut rigoureusement se dispenser de cette désignation, lorsqu'il s'agit d'objets d'autre nature ou espèce.

Il y a plus, c'est que la loi en dispense même les objets périssables, lorsque la position et la volonté des parties comportent ou exigent cette dispense.

L'article 355, celui même que nous venons de citer, se termine en effet par ces mots : *si ce n'est toutefois que l'assuré eût ignoré la nature du chargement, lors de la signature de la police.*

Si donc l'ignorance de l'assuré, même pour les choses les plus sujettes à périr, autorise, d'après la loi elle-même, la non désignation de l'objet, à plus forte raison cette ignorance l'autorise-t-elle, s'il s'agit d'objets non compris dans cette classe.

En conséquence, tenons pour certain que généralement, sans distinction entre tels ou tels objets, le contrat peut très-bien se passer de la désignation spéciale de ce qui en fait l'objet, si d'ailleurs l'assuré a ignoré lui-même et n'a pu faire connaître la nature ou l'espèce de cet objet ; que, dans ce cas qui est très-possible et même fréquent, l'assurance n'est pas moins valide, pour être faite sur facultés purement et simplement ; qu'enfin, s'il en était autrement, l'assurance, si nécessaire pourtant au commerce, deviendrait la plupart du temps vraiment impraticable.

Mais quoi ! Voilà donc une assurance dont le risque, la base, la substance même restera sans détermination,

sans identité aucune, qui flottera, vague et incertain, sur toutes sortes de marchandises imaginables, à qui toute marchandise pourra après coup être appliquée, assignée pour objet !

Il y a un moyen qui s'offre de remédier à cette indécision, à cette indétermination, et de donner à l'objet du contrat, et dans le contrat même, une sorte d'identité.

C'est d'y désigner au moins le navire et le capitaine sous qui et par qui la marchandise, quelle qu'elle soit, aura été ou devra être chargée et transportée.

C'est, en d'autres termes, de déterminer le contenu par le contenant, la marchandise par le navire.

L'objet de l'assurance sera alors limité à ce qui se trouvera chargé sur tel navire, ou du moins à ce qui s'y trouvera chargé pour le compte de l'assuré.

Jusque-là la chose se conçoit et paraît admissible.

Mais voici bien un autre embarras : c'est que la police ne désigne pas même le navire et le capitaine par qui doit s'opérer le transport.

Nous l'avons dit : si, pour les assurances sur *corps*, il est nécessaire qu'on exprime au contrat le nom et la désignation du navire, et accessoirement pour plus de sûreté, le nom du capitaine, cette expression n'est pas indispensable pour les assurances sur *facultés*, et on peut s'en dispenser, au moyen des clauses en usage que nous avons indiquées.

C'est ce que les docteurs ont appelé et ce que les commerçants eux-mêmes appellent encore une assu-

rance *in quovis*, expression qui signifie que les effets assurés peuvent être à bord de tout navire indistinctement, au libre choix de l'assuré.

Et c'est ce que l'Ordonnance (art. 4 du titre) et après elle le Code de commerce (art. 337) admettent comme très licite.

L'un et l'autre en effet disent également aux articles cités que *les chargements faits aux Echelles du Levant, aux côtes d'Afrique et autres parties du monde pour l'Europe, peuvent être assurés sur quelque navire que ce soit ou puisse être, sans désignation du navire ni du capitaine.*

Cette faculté semble, il est vrai, par là limitée aux chargements effectués dans les lieux indiqués ; et la raison a pu en être dans l'éloignement entre ces lieux et certains ports de l'Europe, soit dans l'absence, à ces mêmes lieux, d'une organisation particulière des courriers et des correspondances.

Mais, depuis lors, les choses ont bien changé dans ces pays mêmes, la civilisation y a porté ses moyens actifs et réguliers de correspondance et de communications, chemins de fer, paquebots à vapeur, ou même télégraphe électrique.

Et il n'y a plus eu de motifs pour faire l'ancienne distinction des lieux de chargement.

Et d'un autre côté, quelle que soit la régularité et la promptitude des postes et communications entre les divers états de l'Europe même, il peut très-bien arriver telles circonstances qui fassent qu'un assuré ne

puisse savoir, au moment même où il contracte d'urgence, quel est précisément le navire ou le capitaine qui pourra avoir reçu ou recevoir à son bord les marchandises dont l'expédition doit lui être faite.

Or c'est précisément cette ignorance où l'assuré peut se trouver, qui est le vrai motif, le motif légitime et déterminant de l'assurance *in quovis*, sur quelque navire que ce soit.

Aussi est-elle devenue d'un usage général, que personne ne contredit, que les tribunaux admettent sans difficulté, pour toutes marchandises chargées n'importe en quel lieu, en Europe même comme partout ailleurs, dans le monde entier.

Cela est encore concevable et admissible, quand la dérogation à la règle ne porte que sur le navire et le capitaine, et qu'il y a d'ailleurs expression de la nature ou espèce de la marchandise assurée.

Quel que soit le navire qui la charge et qui l'apporte, l'assureur pourra y reconnaître la marchandise de l'assuré, spécifiée dans la police.

Mais, s'il y a double dérogation à la règle, si à la fois on n'a désigné au contrat ni la marchandise, ni le navire et son capitaine, si en même temps tout reste inconnu ou indéterminé, comment arriver à une détermination, à une identité nécessaire ?

Le Code pourtant, de plus que l'Ordonnance, a admis qu'il pût en être ainsi.

Dans son article 337, il ajoute que, dans ce cas

(celui où l'on ne nomme ni navire, ni capitaine), *les marchandises elles-mêmes peuvent être assurées sans désignation de leur nature et espèce.*

Cet article a fait plus encore : l'Ordonnance, en admettant l'*in quovis*, la non désignation du navire et du capitaine, y mettait cette condition obligatoire: *pourvu*, disait-elle, *que celui à qui les effets devront être consignés, soit dénommé dans la police.*

L'article 337 veut bien aussi cette nomination du consignataire, mais il la rend simplement facultative, en ajoutant : *s'il n'y a convention contraire dans la police.*

Le nouveau législateur n'a sans doute donné tant de latitude pour déroger, que par cette considération que l'assuré, en contractant, pouvait ignorer à qui la consignation devait être faite, tout aussi bien que l'espèce de la marchandise assurée, tout aussi bien que le navire et le capitaine qui l'apporteraient.

Et c'est là pousser jusqu'à ses plus extrêmes conséquences l'axiome déjà rappelé, que nul n'est tenu à faire l'impossible !

Le commerce a senti lui-même la nécessité de corriger, autant que possible, ce qu'un tel état de choses présentait de vague, d'abusif, d'effrayant, peut-on dire, car on était tout prêt de tomber dans la gageure pure et simple.

Pour y parer, il a inauguré une précaution que l'usage a adoptée : c'est, en pareil cas, de désigner et de limiter un espace de temps dans lequel aurait été fait

ou serait fait le chargement, et de dire dans la police qu'on assure sur facultés chargées ou à charger *in quovis*, depuis tel jour jusqu'à tel autre.

En sorte que si c'est hors de cette limite, avant tel jour ou après tel jour que, d'après le connaissement, la marchandise aura été réellement chargée, l'assurance ne s'y appliquera plus, et sera éteinte faute d'aliment. (122)

---

(122) On s'est demandé, même dans cette hypothèse, s'il ne fallait pas, à l'effet de spécialiser davantage le risque, faire une déclaration d'aliment, aussitôt ou dans un certain délai après le chargement effectué. Il est évident que si telle a été la condition stipulée dans la police, il faudra, sous peine de déchéance, s'y conformer ; c'est ce que porte en effet l'article 7 de la police française sur *facultés*. Mais, en dehors de cela, la nécessité de cette déclaration ne ressort pas de l'intention des parties, et elle serait de plus dangereuse, en ce sens qu'il dépendrait alors de l'assuré de faire exister ou ne pas faire exister la police, suivant qu'un aliment y serait ou n'y serait pas après coup appliqué. Ce serait la théorie de la dérogation à une assurance générale par une assurance spéciale, théorie que nous avons repoussée ci-dessus p. 168 et 169 à la note. Le seul fait du chargement dans les délais de la police suffit donc pour donner vie à la convention, et toutes les déclarations qui seraient faites en sens contraire ne sauraient porter atteinte à ce résultat. C'est la solution dominante aujourd'hui ; voy. sur ce point Marseille, 15 février 1856 ; Cass., 2 février 1857 ; Cass., 26 avril 1865 ; Rouen, 14 août 1867 ; Aix, 12 juin 1867 et 15 mai 1870 ; Marseille, 7 octobre 1872, 8 et 12 mai

Terminons sur ce point par une remarque essentielle : c'est que tout ceci ne peut avoir d'application quand la police même a désigné pour aliment du risque telles facultés ou marchandises déterminées.

Si, une fois en effet, on s'est positivement expliqué sur la nature et l'espèce de la chose assurée, il n'est plus possible d'y substituer une chose de nature ou d'espèce différente.

Ainsi l'assurance faite, par exemple, sur des vins nominativement, ne pourra jamais s'appliquer à des huiles.

Ainsi encore si, dans la même espèce de denrées, on a exprimé telle qualité distinctive, des vins de Bordeaux, par exemple, on ne pourra l'étendre à des vins de qualité ou de provenance différente.

Il en est de même si, dans la même espèce ou qua-

1876 ; — contr. Marseille, 1er septembre 1876 (*J. M.*, 34, 1, 77, 35, 2, 94, 1866, 2, 87, 1868, 2, 123, 1868, 1, 32, 1870, 1, 212 ; 1873, 1, 142, 1876, 1, 164, 169, 265 ; *D. P.*, 1857, 1, 69, 1865, 1, 415).

Faisons observer toutefois qu'il n'en serait ainsi que tout autant que l'assurance aurait été commise par l'intéressé lui-même. S'il s'agissait pour celui-ci de s'approprier les effets d'une police souscrite par un intermédiaire, agent de transport ou autre, ce résultat, conformément aux idées exposées ci-dessus *loc. cit.*, ne pourrait être atteint que par une déclaration formelle ; *sic* Rouen, 16 avril 1864 ; Marseille, 17 juillet 1877 (*J. M.*, 1865, 2, 6, 1877, 1, 300).

lité, on a désigné certaines futailles distinguées de toute autre par des marques et numéros.

Dans tous les cas, la substitution qu'on voudrait faire serait un vrai changement dans le sujet du risque, interdit sous peine de nullité par l'article 348 du Code. (123)

Passons à la *valeur* ou *estimation* de la chose, également indiquée, sinon exigée par la loi.

Pourquoi en est-il ainsi ?

On connaît déjà le principe qu'on ne peut faire assurer que ce que vaut la chose, et non au-delà.

Cela se trouvait déjà dit dans l'Ordonnance (art. 23 et 24) et cela se trouve répété au Code (art. 357 et 358).

On sait que, s'il y a excès frauduleux, l'assurance est nulle à l'égard de l'assuré seulement ; c'est-à-dire

---

(123) On s'apercevra aisément, à la lecture de ce qui suit, d'une différence sensible dans la rédaction, qui malheureusement tient à ce que les notes nouvelles et complètes de M. Cresp s'arrêtent ici. Le restant, quoique lui appartenant encore, soit par la pensée, soit par le tour même donné à l'expression, n'est plus qu'un simple résumé, où l'idée se trouve indiquée d'un mot, et où la phrase a besoin de raccordements nombreux pour être véritablement écrite. Nous avons dû sous ce rapport, pour être fidèle à notre plan, nous borner à un simple travail de *restauration*, nous réservant de fournir dans des notes personnelles le complément des explications du texte.

qu'elle produit toujours ses effets pour l'assureur et sa prime ; et, si l'excès n'est pas frauduleux, s'il est dû à une erreur ou inadvertance, l'assurance vaut, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur réelle.

Il y a donc, sous le rapport de cette valeur, une justification à fournir.

A qui incombe cette justification ? A l'assuré évidemment ; c'est lui qui doit aux assureurs cette justification de valeur égale.

Par quels moyens la fera-t-il ? Par *factures* ou par *livres* ; à défaut par estimation suivant le prix-courant au temps et au lieu du chargement, y compris tous les droits payés et frais faits jusqu'à bord (art. 339).

Et en quel temps ? En règle, après l'événement, quand l'assuré voudra profiter de l'assurance.

Il était dès lors bien inutile d'évaluer d'avance, dans le contrat même, la chose assurée.

Il y avait même un danger à cela : c'est que l'estimation de la police est censée par là commune, faite contradictoirement entre les parties, tandis qu'en fait l'assureur n'examine rien, ne voit rien, ne débat rien ; le contraire serait chose absolument impossible ; c'est l'assuré qui déclare la valeur qui lui plaît.

Il est vrai que cette estimation ne lie pas l'assureur, en ce sens qu'elle soit irrévocable.

Il peut plus tard la débattre (art. 336) ; mais, convenue qu'elle est, elle tient jusqu'à preuve contraire, preuve qu'il sera très-difficile à l'assureur d'administrer.

Ce que la loi prescrit à cet égard peut donc se retourner contre elle ; l'estimation anticipée, peut, contre son intention, favoriser les gageures, les assurances excédant la valeur de la chose assurée.

La jurisprudence nous fournit sous ce rapport des exemples d'exagérations exorbitantes ; tantôt ce sont des blocs de marbre achetés 5,600 fr., qui ont été assurés 23,000, tantôt un chargement d'huîtres de Cancale, dont le coût a été de 1,200 fr., tandis que la valeur a été fixée par la police à 18,750 !

Je sais bien que l'article 336 contient le remède à ces abus ; s'il y a fraude dans l'estimation, l'assureur peut faire vérifier et estimer.

Mais 1° reste toujours la difficulté pour l'assureur de faire aboutir cette estimation ; 2° de plus la fraude ne se présume pas, et l'assuré en sera le plus souvent quitte pour dire : je me suis trompé, réduisons.

La loi va donc contre son but, quand elle prescrit une clause abusive d'estimation.

C'est une addition malheureuse à l'Ordonnance ; celle-ci s'était bien gardée d'une exigence semblable, si ce n'est en ce qui concerne le navire (art. 8), et encore Valin tenait-il, sur ledit article, que cela n'avait rien d'obligatoire.

Aussi la jurisprudence et l'usage n'ont-ils pas regardé l'estimation comme de rigueur ; on la fait assez souvent, mais il arrive aussi qu'on s'en dispense.

L'estimation contractuelle n'est donc que facultative; la loi elle-même le suppose aussi ; elle dit plus loin, en

effet, dans l'article 339 : *si la valeur des marchandises n'est point fixée par le contrat, elle peut être justifiée, etc.* (124)

---

(124) En résumé, de deux choses l'une : ou la police contient une estimation des effets assurés, ou elle n'en contient point. Dans le premier cas, l'estimation est en principe la loi des parties, et dispense l'assuré de toute justification à cet égard. Mais l'assureur n'est pas empêché par là de faire la preuve contraire, s'il trouve que la valeur de la chose a été notablement exagérée. Il n'est pas même nécessaire, comme semblerait l'indiquer l'article 336, qu'il argue d'un dol commis à son encontre ; il a le même droit, dans le cas d'une simple erreur de la part de l'assuré, et sous ce rapport, ce que la disposition de l'article 336 a d'un peu étroit se trouve très heureusement corrigé par celle de l'article 358, qui suppose forcément pour son application une estimation nouvelle, contradictoire, et rectificative de la première, dans le cas où cette première aurait eu lieu et aurait pris place dans la police.

Cette solution, étant donnée la situation parfaitement simple que nous venons de supposer, n'a jamais fait, en dehors de quelques dissidences isolées, sérieusement fait difficulté. Mais il arrivera souvent que l'estimation conventionnelle se trouvera corroborée ou remplacée par d'autres clauses en apparence plus significatives, telles que celles-ci : *valeur agréée ou fixée de gré à gré*, ou bien même *vaille ou non vaille*. Ces clauses ou autres analogues n'ont-elles pas pour effet d'interdire toute preuve contraire à l'assureur ? On est aujourd'hui à peu près d'accord pour admettre que les mots *valeur agréée* n'ont pas une autre portée que l'estimation elle-même, qu'ils valent estimation, et qu'ils ne sauraient dès lors faire obstacle à l'admissi-

Parmi les choses que la loi (art. 332) veut qu'on exprime au contrat, figurent encore celles-ci :

Le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées ;

---

bilité de la preuve contraire réclamée par l'assureur ; et l'article 15 de la police française n'a fait que s'inspirer de cet état général de l'opinion, lorsqu'il a dit : NONOBSTANT TOUTES VALEURS AGRÉÉES, *les assureurs peuvent, lors d'une réclamation de pertes ou d'avaries, demander la justification des valeurs réelles et réduire, en cas d'exagération, la somme assurée au prix coûtant.*

Mais *quid* de la clause *vaille ou non vaille?* N'y a-t-il pas ici autre chose et plus que ce qui précède ? Et l'assureur n'a-t-il pas par cela même garanti jusqu'à concurrence d'une somme déterminée le risque de la chose, quelle qu'en puisse être la valeur ? En d'autres termes, la mention *vaille ou non vaille* n'est-elle pas, à un autre point de vue, ce qu'est la clause *sur bonnes ou mauvaises nouvelles,* et le forfait que contient l'une, relativement à l'existence du risque, ne se retrouve-t-il pas dans l'autre, en ce qui concerne la valeur de la chose assurée ? Quelques tribunaux l'ont en effet admis ainsi, en décidant que l'assureur n'était dans ce cas recevable à faire la preuve de l'exagération que tout autant que cette exagération était frauduleuse (voy. entre autres Nantes, 23 août 1865, *J. M.*, 1866, 2, 27) ; et s'il fallait s'en tenir au sens littéral de la clause, cette opinion devrait incontestablement être adoptée. Mais il est un principe, sans cesse répété ici et ailleurs, qui domine toute notre matière, c'est que l'assurance ne peut pas être une source de gains pour l'assuré, qu'elle n'est qu'un moyen de conservation de ce qui existe. Or

Le port d'où le navire a dû ou doit partir ;

Les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger ;

Ceux dans lesquels il doit entrer ;

---

le pacte *vaille ou non vaille* serait en contradiction manifeste avec ce principe, et il arriverait, s'il devait être entendu de cette façon, à dénaturer absolument le caractère du contrat, à le transformer en une simple gageure. Sous ce rapport, l'assimilation de cette clause avec celle *que l'assurance est faite sur bonnes ou mauvaises nouvelles*, malgré sa rigueur apparente, manque de base. Ce dernier pacte a en effet uniquement pour but de faire considérer comme pendants encore et comme engageant dès lors la responsabilité des assureurs, des risques déjà éteints, consommés par la perte ou l'heureuse arrivée de l'objet assuré ; mais c'est tout. Même avec cette extension, l'assurance ne perd pas son caractère de contrat d'indemnité, et l'assuré n'est jamais dédommagé que de ce qu'il a réellement perdu. Il s'ensuit donc que même en l'état d'une clause *vaille ou non vaille*, l'assureur doit toujours pouvoir prouver que la valeur mise en risque est inférieure à la somme assurée. Il ne servirait de rien de se le dissimuler : c'est là totalement infirmer la portée de la clause, mais ainsi le veulent les principes ; voy. en ce sens Marseille, 2 mai 1854 et 28 mars 1855 ; Aix, 20 novembre 1858 (*J. M.*, 32, 1, 199, 33, 1, 109, 37, 1, 122).

Voilà pour le cas où l'estimation de la chose assurée se trouve dans la police. Dans l'hypothèse contraire, l'article 339 indique les justifications à fournir et aucune difficulté ne semble devoir s'élever à ce sujet. Un point a cependant été controversé, touchant la gradation même admise par la loi. L'article 339

Les temps auxquels les risques doivent commencer et finir.

---

n'a recours au prix-courant de la marchandise au temps et au lieu du chargement, comme mode de fixation de la valeur de cette marchandise, qu'à défaut de justification par les factures ou par les livres. On s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de renverser cette règle, lorsque la chose avait augmenté de valeur dans l'intervalle de l'achat au chargement, et s'il ne fallait pas alors prendre pour base de l'estimation la valeur au moment même du chargement. M. Bédarride, s'inspirant de la doctrine d'un auteur anglais très estimé (Benecke), penche vers cette solution (n° 1127). Nous ferons remarquer qu'en fait la question a perdu beaucoup de son importance, en l'état de l'usage, à peu près généralement accepté, où l'on est aujourd'hui de faire assurer, dans une certaine mesure, le *profit espéré*. Mais, si elle se présentait, nous serions (au point de vue de la législation française) d'un avis contraire : 1° parce que l'article 339 est formel pour ne recourir au prix-courant qu'à défaut de tout autre mode de preuve ; 2° parce que faire entrer en ligne de compte l'augmentation de valeur survenue, même dans le lieu d'expédition, après l'achat, c'est au fond pratiquer l'assurance du profit espéré, prohibée par la loi. Tout profit, en effet, par cela seul qu'il n'est pas acquis au moment du contrat, est *un profit espéré*, dans le sens de l'article 347 du Code de commerce, peu importe qu'il se réalise dans le lieu même d'expédition, ou seulement dans celui du reste. En conséquence, étant donnée même la pratique ci-dessus visée, l'excédant de valeur dont s'agit nous paraîtrait devoir être imputé sur la somme dont l'assurance a été permise ou tolérée, à titre de *profit espéré;* en d'autres termes, il ne rentrerait pas dans l'estimation primitive reconnue à la chose.

Ceci a trait, comme on le voit, au temps et aux lieux dans lesquels les risques doivent se produire.

Les risques, nous le savons, sont l'élément essentiel de toute assurance, comme de tout contrat à la grosse.

Nous n'avons pas à insister, en ce moment, sur les risques communs à l'un et à l'autre contrat ; la loi s'est longuement étendue sur ce point dans les articles 350 et sq, que nous retrouverons en temps et lieu.

Observons, en attendant, qu'on peut, avec la loi elle-même (art. 350 *in fine*), les caractériser d'un mot, en disant que ce sont *toutes fortunes de mer*, c'est-à-dire tous accidents de la navigation qui ont une cause fortuite, ou qui procèdent d'une force majeure.

Ceci rappelé, arrivons aux paragraphes ci-dessus cités de l'article 332, et qui se rapportent, comme nous l'avons vu, aux lieux et au temps des risques que les assureurs prennent à leur charge.

Il y a sous ce rapport, il faut bien en convenir, dans les termes de la loi, embarras, inexactitude, confusion.

Pour tout éclairer et rectifier, il faut distinguer trois modes d'assurances qui sont plus ou moins pratiquées : *l'assurance au voyage, l'assurance à temps et au voyage, l'assurance à temps.*

1° *Assurance au voyage.*

C'est celle qui s'applique à tel ou tel voyage déterminé, quelle que soit d'ailleurs la durée qu'il puisse avoir.

Comment déterminera-t-on ce voyage ? Par ses deux points extrêmes, l'indication du lieu ou du point où il commence, et par celle du lieu ou du point où il finit.

C'est ce que, dans le langage de la matière et de la doctrine, on appelle le lieu *à quo* et le lieu *ad quem*.

Or c'est ici d'abord qu'il y a dans le texte défaut d'exactitude ou de précision.

La loi semble, en premier lieu, confondre deux choses qui sont à distinguer, savoir : le voyage *effectif* que fait un navire et le voyage *assuré*, c'est-à-dire celui dont les assureurs courent les risques.

Un navire part de Livourne, en destination pour Marseille.

En route, il doit toucher à Gênes.

Un intéressé le fait assurer de Gênes à Marseille.

Le voyage assuré est seulement de Gênes à Marseille, bien que le voyage réel soit de Livourne à Marseille.

Les risques du trajet de Livourne à Gênes ne concernent point les assureurs.

Autre inexactitude : il semblerait, d'après les expressions de l'article, que le voyage assuré doit toujours commencer et toujours finir dans un *port ou rade*.

Mais il peut commencer en mer, à telle hauteur.

Estrangin, dans son ouvrage, nous parle (p. 370) d'une assurance faite sur des cotons chargés en Syrie, dans laquelle le risque commençait à la hauteur du cap Saint-André.

De même pour le point de terminaison, le risque peut finir à telle hauteur en mer.

Quoiqu'il en soit, voilà, pour le voyage assuré, les points que la police doit indiquer et préciser autant qu'il se peut.

Mais il va sans dire que cette indication ne serait nullement substantielle.

Quelquefois, en effet, la précision serait impossible, soit pour le départ du risque, soit pour sa terminaison; on connaît seulement la côte, le pays, la partie du monde d'où le navire doit partir, où il doit aller ; on sait, en d'autres termes, qu'il doit faire voile d'un ou plusieurs ports des Antilles, d'un ou plusieurs ports de l'Amérique du Nord, pour un ou plusieurs ports de l'Europe, etc.

Il suffira, dans ce cas, de cette indication générale, et les assureurs courront les risques de la chose, de quelque port des Antilles ou de l'Amérique du Nord que le navire soit parti, dans quelque port de l'Europe qu'il soit arrivé. (125)

La loi parle aussi, à ce point de vue, du lieu du chargement.

Pourquoi cela ? Il semble que cela n'a aucun rapport nécessaire au voyage assuré.

---

(125) Voyez une application curieuse de ce point dans un arrêt de la cour de Paris du 3 janvier 1862 (*J. M.*, 1863, 2, 97),

Le navire peut en effet avoir chargé ailleurs que dans le lieu *à quo*.

Exemple : Voilà un navire qui prend son chargement à Cadix pour le porter à Marseille, en touchant à Barcelone.

Peu importe que ce chargement ait réellement voyagé de Cadix à Marseille ; pour l'assureur, son voyage n'est jamais que de Barcelone à Marseille, et tous les risques de Cadix à Barcelone lui sont étrangers.

En d'autres termes, pour le voyage réel, Barcelone n'est qu'un point de relâche, une *échelle ;* pour le voyage assuré, c'est le point de départ.

Pourquoi donc la loi veut-elle qu'on indique le lieu du chargement ?

La seule explication est qu'il peut en résulter une aggravation du risque.

La marchandise a déjà navigué, elle a déjà souffert, elle a pu contracter des avaries, qui seront cause qu'elle sera plus facile à se détériorer.

Cacher cela aux assureurs, leur laisser croire à un chargement au lieu même où commence leur risque, c'est les tromper sciemment, c'est commettre le délit de réticence (126).

En tout cas, si la police a désigné un lieu de chargement, on ne peut lui appliquer une marchandise chargée

---

(126) En ce sens Bédarride (n° 1062), conf. aussi Aix, 22 mai 1836 (*ibid.*, 16, 1, 102).

ailleurs ; cette désignation est un signe de reconnaissance, d'identité convenue entre les parties, et d'où l'on ne peut s'écarter.

Maintenant, qu'en est-il des points intermédiaires situés entre les deux extrêmes du voyage assuré, et auxquels il est possible que le navire aborde, ce qu'on appelle *faire relâche, échelle ou escale ?*

En règle le navire assuré doit se rendre en droiture du lieu *a quo* au lieu *ad quem* ; il ne peut volontairement entrer dans les ports de la route, ce serait allonger et aggraver le risque.

Encore moins peut-il dérouter, s'écarter, dévier à droite, à gauche, en arrière ; ce serait une rupture du voyage, qui aurait pour effet de décharger les assureurs de toute responsabilité, quant aux risques survenus postérieurement (art. 351).

Mais, dans la police, on peut autoriser précisément les relâches volontaires, indiquer les ports où l'on pourra entrer, charger ou décharger.

Sans spécifier, une autorisation générale résulterait sous ce rapport de la clause : *permis de faire échelle.*

Mais cette clause n'autoriserait pas à dérouter, à rétrograder ; cette dernière faculté devrait être formellement exprimée. (127)

---

(127) Il faut donc distinguer, dans cet ordre d'idées, trois espèces de clauses, savoir : 1° la clause de *faire échelle,* qui donne à l'assuré la faculté de relâcher dans des ports intermé-

Remarquons que, dans l'assurance purement au voyage, le temps doit aussi entrer pour quelque chose; non point en ce qui concerne la durée du voyage, laquelle, à raison des chances variables de la navigation, doit nécessairement rester indéterminée.

Mais voici sous quel rapport :

Le risque commencera dans tel lieu qu'on désigne ; mais quel jour, à quel moment y commencera-t-il ?

---

diaires situés sur la route même, d'y charger, décharger, etc.; 2° la clause de *dérouter*, qui lui permet en plus de dévier de droite et de gauche, et de souder en quelque sorte à son expédition principale une série de voyages latéraux et intermédiaires; 3° la clause de *rétrograder*, par laquelle enfin il peut revenir en arrière, et recommencer le chemin parcouru.

Quelques difficultés se sont élevées, non sur la distinction de ces diverses clauses entre elles (ceci a été au contraire de tout temps accepté), mais sur la latitude que quelques-unes d'entre elles se trouvaient comporter. Ainsi, quant à la clause de *faire échelle*, on s'est demandé si cette clause, dans le cas où elle serait stipulée dans une police sur facultés, impliquerait le droit de décharger et recharger, et par conséquent de modifier l'aliment de l'assurance ? On doit se souvenir que nous avons précédemment (t. II, p. 357 et sq.) examiné une question semblable, avec cette différence cependant qu'il s'agissait alors uniquement de savoir, étant donné un excédant du chargement sur la valeur assurée, si l'assuré pouvait disposer de cet excédant, et partant le décharger en route, tandis qu'ici le point en litige c'est le déchargement complet, et à la suite la substitu-

Ce risque finira dans tel lieu désigné ; mais quel jour, à quel moment y finira-t-il ?

Il importe aux parties de s'expliquer sur ce moment qu'elles peuvent fixer comme elles l'entendent.

Mais, à défaut, la loi s'en charge pour elles, au moins pour les cas les plus ordinaires.

L'article 341 de notre titre renvoie à l'article 328 du contrat de grosse portant : *si le contrat ne règle point le temps des risques, il court, pour le navire, du jour*

---

tion d'une chose à une autre, comme aliment de l'assurance. Or nous ne croyons pas que l'on doive aller jusque-là, et que la clause de faire échelle, en tant qu'elle serait apposée dans une police sur facultés, comporte cette conséquence. Cette mention n'aura le plus souvent pour but que de faire connaître à l'assureur les échelles que le navire, dans un intérêt étranger à l'assuré, sera exposé à faire, et par conséquent de l'édifier sur toutes les aggravations de risque qui pourront, quant à lui, en résulter. Or, il suffit que telle soit la portée habituelle de la clause, pour qu'on ne lui en suppose pas facilement une autre : *in obligationibus quod minimum est sequimur ;* voy. cependant Bordeaux, 17 décembre 1850 (*J. M.*, 30, 2, 86).

De même pour la faculté de *rétrograder* ; cette faculté s'exerce sans encombre entre les deux points extrêmes du risque, le lieu *a quo* et le lieu *ad quem*. Mais le capitaine pourrait-il s'autoriser de là, pour toucher un point de la côte plus éloigné que le lieu de destination et revenir ensuite à celui-ci ? Et les risques de ce nouveau voyage seraient-ils compris dans la police ? Le bon sens et l'équité indiquent à la fois que non, car, d'une part, le lieu de départ et celui d'arrivée sont les deux

qu'il a fait voile jusqu'au jour où il est ancré à sa destination ; pour les marchandises, du jour qu'elles ont été chargées jusqu'au jour de leur mise à terre.

2° *Assurance au temps et au voyage.*

Le temps des risques prend une grande importance, quand on assure, non pour un voyage entier (quelle que soit sa durée), mais pour une partie du temps que pourra durer un voyage, pour tel nombre de jours ou de mois, dans tel voyage indiqué.

Alors il faut nécessairement que le contrat s'en explique et détermine la durée du risque.

---

points extrêmes du risque, ceux que l'on ne peut pas dépasser sans sortir des termes de la convention ; ce n'est donc qu'entre ces deux points que peut s'exercer la faculté d'avancer ou rétrograder. D'autre part, il n'y aurait pas de raison, si l'on adoptait la solution contraire, pour ne pas ajouter une série d'expéditions nouvelles à celle convenue dans la police, et pour ne pas en faire supporter le risque aux assureurs ; il suffirait pour cela de revenir, après un certain temps, au lieu de destination primitif. Une pareille conséquence est donc inadmissible, et en effet cela a été apprécié ainsi par un jugement de Marseille du 14 novembre 1860 (*J. M.*, 1861, 1, 10). Il est vrai qu'on pourrait citer comme contraire un arrêt de Rouen du 14 mars 1872 (*ibid.*, 1872, 2, 111). Mais il est à remarquer que le navire n'avait ici touché à une station plus lointaine que le lieu d'arrivée que par crainte de l'ennemi, ce qui pouvait, à la rigueur, être considéré comme un risque de guerre à la charge des assureurs.

3° *Assurance à temps.*

Ici on n'indique pas même de voyage, pas plus que de lieux de départ ou de destination ; on se borne à désigner les mers ou parages où le navire devra naviguer.

C'est le cas des *polices flottantes*, embrassant tous voyages et toutes marchandises pendant tel espace de temps déterminé (128).

La loi veut encore que l'on indique dans la police d'assurance la *somme assurée*.

Pourquoi ? — Parce qu'encore faut-il bien savoir et déterminer le montant de l'obligation de l'assureur.

Dans l'usage on n'y manque pas : la somme assurée est indiquée dans la rédaction ; elle se trouve répétée par l'assureur dans sa souscription, et, s'ils sont plusieurs, chacun exprime pour quelle quotité de la somme totale.

Enfin le courtier, en clôturant, répète cette somme totale.

---

(128) Nous n'ajoutons rien de plus, pour le moment, à ces indications, malheureusement bien sommaires, du texte, de peur de grossir outre mesure ces notes. Nous préférons, pour le complément à y donner renvoyer à l'époque où nous nous occuperons des *effets du contrat* et où nous aurons à déterminer les limites que la loi a assignées à la responsabilité des assureurs. La matière y gagnera de ne pas être scindée, et de ne pas être traitée, en quelque sorte, en partie double.

Mais, s'il y a omission, l'assurance sera-t-elle nulle ?

En général, l'obligation indéfinie ou indéterminée n'est pas nulle, pourvu qu'il y ait les moyens de la déterminer.

Ainsi il arrive souvent que, dans une vente, le prix est laissé à l'arbitrage d'un tiers, *arbitrio boni viri*, ou bien que la chose est vendue au prix qu'elle vaut.

Pour l'assurance, la règle ne peut être autre. Par la nature même du contrat, l'assureur ne s'oblige que pour ce que valait la chose, au temps et au lieu du chargement (art. 339).

S'il n'y avait donc nulle somme exprimée, on serait censé, en principe, avoir assuré pour ce que valait la chose ; et l'estimation en serait faite par expertise, si besoin était.

Cela est reconnu par tous les auteurs (Pothier, n° 75, Emérigon, t. I, p. 54, Locré, t. IV, p. 61, Pardessus, t. III, p. 344, Lemonnier, t. I, p. 146 et sq., Alauzet, t. III, p. 79 et sq., Bédarride, n° 1067 etc.) (129).

---

(129) Il y a plus, c'est qu'en admettant même l'indication, dans la police, de la somme assurée, cette somme ne détermine pas forcément, et en toute hypothèse, la mesure de l'obligation des assureurs, et il arrivera très souvent que ceux-ci payeront moins que la somme par eux souscrite ; c'est ce qui se réalisera dans le cas de ristourne prévu par l'article 358, et plus généralement en cas de simple avarie survenue, soit au navire, soit à la marchandise. On s'est demandé s'ils ne pourraient pas en sens inverse être exposés à payer plus, si, étant donnés par

La police doit également porter la mention *de la prime ou du coût de l'assurance.*

---

exemple des avaries et un sinistre majeur successifs, on ne pouvait pas, quant à la même chose, cumuler l'action d'avarie et l'action en délaissement, et obtenir par là un chiffre supérieur à la somme assurée. Nous devons dire que la question a bien perdu aujourd'hui de son intérêt, en ce sens que les assureurs, éclairés par l'expérience, ont fait insérer dans toutes leurs polices la clause que la somme par eux souscrite serait la limite de leurs engagements. Mais elle en a offert un très réel avant que la convention des parties n'eût fait disparaître la difficulté, et elle avait divisé la jurisprudence. Un arrêt de cassation, du 8 janvier 1823, avait décidé, par application des articles 332, 393, 409, que, même en l'absence d'une clause expresse, les assureurs ne pouvaient jamais être tenus au-delà des sommes par eux souscrites. Mais la cour de Bordeaux, par arrêt très fortement motivé du 3 décembre 1827, s'était ralliée à l'opinion contraire, et c'est cette solution qui nous aurait paru devoir être adoptée, comme étant seule conforme au principe même du contrat d'assurance et à l'esprit général des dispositions de la loi sur la matière. Le but en effet du contrat est de replacer exactement l'assuré dans la situation pécuniaire où il se trouvait avant la perte qu'il a éprouvée, en d'autres termes de lui restituer la valeur qu'il possédait ; or, comment ce résultat serait-il atteint, si, sur l'indemnité qui lui est payée, on pouvait lui faire déduction des impenses représentant la réparation d'avaries antérieures, ou, ce qui est la même chose, il était obligé de rembourser lui-même *de suo* ces impenses. Il est évident que l'indemnité ne serait pas complète, et le but du contrat, ainsi qu'il vient d'être dit, serait manqué. D'autre part,

Nous n'avons pas besoin de répéter, parce que nous l'avons déjà dit, que la prime est de l'essence du contrat d'assurance.

---

la loi admet si bien comme possible le cumul des deux actions, et par conséquent l'*indemnisation* complète de l'assuré, que dans l'hypothèse d'une prise suivie de rachat, et de rachat accepté par les assureurs, elle dispose que ceux-ci *continuent à courir les risques du voyage, conformément au contrat d'assurance* (art. 396). Qu'est-ce à dire ? si ce n'est que, par le rachat, la chose se trouvant en quelque sorte rétablie, les assureurs en courent les risques dans les mêmes conditions que devant, et comme si de rien n'était. Il suit de ceci que les dispositions, par lesquelles la Cour de cassation voulait étayer le système contraire, n'avaient pas le sens qu'elle leur prêtait ; qu'elles ne statuaient qu'en vue d'un événement de mer unique. Cela est évident en ce qui concerne les articles 393 et 409 ; cela résulte moins, je l'avoue, des termes de notre article 332, et si cette disposition devait être interprêtée isolément des autres, on pourrait y voir l'indication d'un *maximum* dans l'engagement des assureurs. Mais les explications qui précèdent démontrent que le sens n'en peut être celui-là et qu'il ne peut s'y agir que d'un forfait convenu entre les parties, au sujet de la valeur ou de la portion de valeur de la chose assurée, dont les assureurs ont consenti à courir les risques.

Quoiqu'il en soit, on comprend très bien que l'appréhension d'une responsabilité indéfinie, la peur des abus ou des fraudes possibles (car un assuré de mauvaise foi aurait pu, en outre de la somme convenue, se faire payer le montant de réparations antérieures, absolument fictives), aient déterminé les assureurs à limiter sous ce rapport leurs engagements, à les arrêter à une

C'est le corrélatif indispensable du risque que l'assureur prend à sa charge.

Il ne saurait y avoir une assurance sans prime, que cette prime consiste en argent, en marchandise, en in-

---

somme fixe. Il n'en est pas moins vrai que cette pratique, si l'on n'y eût pas par ailleurs remédié, eût fait dans certains cas aux assurés une situation difficile, et les eût laissés à découvert de la valeur de leur chose. Cet inconvénient et ce vice étaient surtout sensibles dans l'assurance *à temps* ; c'est dans cette hypothèse en effet qu'il y aura lieu à des règlements successifs entre les parties, au fur et à mesure des voyages qui seront accomplis ; or si ces règlements (qu'il s'agisse d'actions d'avarie ou en délaissement), n'avaient pas dû excéder, dans leur ensemble, le montant de la somme assurée, qui ne voit que l'armateur n'eût touché le plus souvent qu'une indemnité incomplète, ou même dérisoire. Ce résultat était trop inique pour être accepté ; aussi l'article 16 de la police française sur corps porte-t-il que *dans les assurances à terme ou à prime liée, chaque voyage est l'objet d'un règlement distinct et séparé*. CHAQUE RÈGLEMENT EST ÉTABLI COMME S'IL Y AVAIT AUTANT DE POLICES DISTINCTES QUE DE VOYAGES. De telle sorte que l'état actuel de la pratique peut, sous ce rapport, être établi de la façon suivante : 1° les assureurs ne sont tenus que dans la limite de leur souscription ; 2° mais cette règle n'est applicable qu'aux assurances *au voyage*, et encore lorsqu'il s'agit d'un voyage simple, soit d'aller, soit de retour, mais pas des deux à la fois. Dans ces conditions, la dérogation à la loi est sans danger de part et d'autre; elle sauvegarde tous les intérêts et mérite finalement toute approbation.

térêt, ou en un service quelconque ; sous forme d'assurance, ce serait une donation conditionnelle.

Il faut donc que dans le contrat on convienne d'une prime, et que la quotité, le taux en soit convenu, fixé.

C'est à quoi l'assureur ne manque jamais, dit Valin sur l'article 3, *hoc. tit.*; *on ne peut guère supposer*, dit un autre auteur, *que les parties aient oublié de fixer la prime* (Dalloz, *Répert. Droit marit.*, n° 1541).

Cependant les auteurs modernes examinent le cas où il y aurait omission, silence sur la prime ; et ils raisonnent sur cette hypothèse invraisemblable , mais non absolument impossible.

Ils conviennent que l'énonciation en parait indispensable, mais ils disent que, malgré le silence, on devrait en supposer une ; les dons, les libéralités ne se présument pas, surtout en matière de commerce où rien n'est gratuit, où tout a un prix.

Soit, passons-leur cette présomption ; il y aura eu une prime, quoique non exprimée.

Mais la difficulté reste : quel en sera le taux, la quotité, soit qu'on n'ait pas parlé de prime, soit qu'en en parlant on ait omis d'en fixer le chiffre ?

Pardessus et Locré pensent donc que l'omission n'annulerait pas ; qu'on pourrait suppléer à l'écrit, et déterminer la prime omise.

Mais comment ?

1° *Par le livre du courtier.*

Mais à cela il est plusieurs objections.

D'abord la police peut être purement privée, négociée et rédigée sans l'intermédiaire d'aucun courtier.

De plus le livre du courtier ne contient et ne peut contenir que la transcription littérale de la police ; si la police se tait sur la prime ou sur sa quotité, comment dans la transcription pourrait-on en supposer ou en déterminer une ?

Ce serait un faux.

Ces auteurs citent, dans le sens de leur opinion, l'article 192 du Code de commerce, aux termes duquel *les primes sont constatées par la police ou par des extraits des livres des courtiers.*

Mais la disposition n'a pas ce sens ; elle veut dire qu'à défaut de la police, si la police s'est égarée, si le seul original en est caché par la partie, le livre en tient lieu.

Mais cela ne signifie pas que les omissions ou les vices du contrat soient réparés par le livre.

2° *Par le billet de prime.*

Ceci nous semble plus admissible.

Le billet de prime, constatant l'exécution de l'engagement de l'assuré, vient se lier à la police et ne fait qu'un avec elle ; il y a là, en même temps que preuve écrite, exécution.

3° *Par la preuve testimoniale.*

Mais cela est faux, car on sait que ce mode de preuve est interdit contre et outre le contenu d'un acte,

surtout si l'écriture est, comme ici, de l'essence du contrat.

Aussi Pardessus, dans sa cinquième et dernière édition, a-t-il abandonné cela.

4° *Enfin le juge pourrait lui-même fixer cette prime, d'après les circonstances et le cours de la place.*

Mais la prime est chose d'opinion ; elle est toute personnelle à l'assureur ; comment lui imposer l'opinion des autres, commune ou non ? (130)

La conclusion la plus conforme aux principes est qu'il y a nullité, si la police ne parle pas de prime, ou si même, en parlant, elle n'en fixe pas le taux, chose essentielle et indispensable.

---

(130) On pourrait en sens contraire tirer argument de l'article 343 du Code de commerce ; pourquoi n'appliquerait-on pas en effet à la fixation du taux de la prime, ce que la loi a dit touchant l'augmentation, en cas de survenance de guerre ? Nous croyons toutefois qu'il serait dangereux de s'inspirer d'une façon absolue d'une pareille disposition, soit à raison de sa spécialité, soit surtout à cause des circonstances, qui en ont déterminé l'admission ; et il suffit de se reporter aux controverses qui s'étaient élevées sous ce rapport dans l'ancien droit pour s'apercevoir que le législateur a, dans la forme tout au moins, donné à cette vieille querelle la conclusion la plus inattendue. C'est donc le cas de répéter, *quod contra rationem juris est non, est producendum ad consequentias*. Voy., en ce qui concerne le prêt à la grosse, une question et une décision analogues (t. II, p. 264 et sq.).

Remarquons qu'il est d'ailleurs des assurances où l'expression positive et distincte de la prime n'est ni nécessaire, ni usitée.

Ce sont les assurances jointes, c'est-à-dire accessoires à d'autres contrats.

Dans ce cas la prime est implicite ; ainsi, dans le cas d'un affrétement, où l'affréteur se charge des risques. La prime est comprise dans les accords sur le fret : l'affréteur paye moins cher, en considération de ce qu'il prend les risques du navire à sa charge.

La loi veut ensuite qu'on exprime *la soumission des parties à des arbitres, si elle a été convenue.*

Ceci a été tiré de l'Ordonnance, dont l'article 3, au titre des *assurances*, contenait une disposition analogue, avec cette différence cependant que les derniers mots (*si elle a été convenue*) ne s'y trouvaient point.

Mais ce n'était là qu'une omission, qui avait été réparée par un article subséquent, l'article 70, et en somme le principe était le même.

Quoiqu'il en soit, l'addition du Code explique bien qu'il s'agit, en cette matière, d'un arbitrage purement facultatif.

Ce n'est pas ce que voulait le projet soumis au Conseil ; il voulait au contraire que toute contestation, pour l'exécution d'un contrat d'assurance, fût soumise à des arbitres (Locré, p. 434 et 440).

On voulait donc un arbitrage forcé, comme en matière de société. (131)

Mais la décision du Conseil fut que l'arbitrage devait être ici simplement facultatif.

Terminons du reste par une remarque essentielle, c'est que ceci est particulier et exclusif aux *assurances*.

En thèse ordinaire, la *clause compromissoire* (c'est le nom que porte en droit la convention par laquelle on défère d'avance le jugement d'une contestation à des arbitres), se trouve régie par l'article 1006 du Code de procédure, c'est-à-dire qu'elle est nulle, si elle ne désigne pas l'objet du litige et le nom des arbitres. (132)

On doit enfin exprimer *généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues*.

La loi n'a pas voulu enfermer les parties dans le cercle des énonciations qu'elle indique.

Elle n'a pas voulu que toutes fussent également essentielles, et qu'il n'y eût que celles-là d'essentielles.

Au contraire 1° les parties peuvent déroger à la loi, mais en tant qu'il ne s'agit pas d'énonciations tenant à l'essence ou à l'exécution du contrat.

---

(131) On sait que cet arbitrage forcé, qui n'a pas donné les résultats qu'on en avait attendus, n'existe même plus aujourd'hui, et a été abrogé par la loi du 17 juillet 1856.

(132) Ce point, après avoir été fortement controversé, est aujourd'hui certain, en doctrine comme en jurisprudence.

2° Elles peuvent en ajouter d'autres, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'essence du contrat.

3° Enfin elles peuvent être tenues du défaut d'énonciation de clauses non essentielles ou non spécifiées par la loi, si l'absence de déclaration sous ce rapport tend à aggraver le risque, ou à influer sur son opinion.

Nous avons vu des applications incessantes de ces divers principes ; nous n'y insistons pas ici autrement.

Cet ordre d'idées nous amène à nous demander si l'on peut, dans une police, insérer la clause qu'elle sera payable *à ordre*, et si, en vertu de cette clause, cette police sera transmissible par voie d'endossement.

La loi, comme on sait, s'est exprimée formellement pour le contrat de grosse.

Elle n'a rien dit pour l'assurance

Faut-il en conclure qu'elle ait refusé pour celle-ci ce qu'elle avait autorisé pour celui-là ?

Non, certes, car il n'y aurait aucune raison de la différence.

D'ailleurs l'article 332, dans sa disposition finale, autorise toutes autres conditions dont les parties conviendraient.

On se demande alors pourquoi il n'en serait pas ainsi de celle-là.

Au surplus cela est de droit dans toute obligation commerciale ; tous engagements de ce genre peuvent, dans un intérêt de crédit et de rapidité dans la circulation, être conçus *à ordre*.

Il y a même plus, c'est que les obligations civiles elles-mêmes sont susceptibles de prendre cette forme ; il est permis sous ce rapport de les assimiler aux engagements commerciaux, et de déroger aux règles du droit civil.

Tout cela est aujourd'hui à la fois de doctrine et de jurisprudence.

La loi n'avait donc nul besoin de s'exprimer ici, quant à ce, et pouvait se dispenser de toute mention à cet effet, soit pour le billet de grosse, soit pour la police d'assurance ; la chose n'aurait pas souffert pour cela la moindre difficulté.

Mais la police peut-elle également être conçue payable *au porteur* ?

On sait que cette clause comporte un mode de transmission plus bref et plus simple encore ; la seule remise ou délivrance du titre opère transfert par fait.

En l'état de la loi, elle n'est expressément autorisée ni pour l'*assurance*, ni même pour le *contrat de grosse*.

Mais les mêmes raisons doivent le faire admettre.

D'abord le mode en lui-même est licite, ainsi qu'on peut s'en assurer par la disposition de l'article 35, en ce qui concerne les *actions* dans les sociétés anonymes, et par celle de l'article 281, pour les *connaissements*.

De plus, il n'est pas prohibé.

Aussi la doctrine, la jurisprudence et l'usage l'ont-ils étendu à tout engagement mercantile.

Dans l'usage, les polices sont toujours conçues

à ordre, et même plus généralement *au porteur*.

A Marseille notamment, il en a été de tout temps ainsi ; on y dit que la police sera payable au porteur, *sans ordre ni procuration* (Emérigon, t. II, p. 281 et sq., Estrangin, p. 332 et sq.). (133)

Mais quels sont les droits du tiers porteur de la police *à ordre* ou *au porteur* ?

Si la police est *à ordre*, l'endossement, pour opérer transport, devra être régulier, sinon, il ne vaudra que simple mandat (art. 136, 137, 138). (134)

---

(133) M. Cresp adopte donc ici une opinion qu'il a repoussée ailleurs, en ce qui concerne le billet de grosse ; voy. t. II, p. 249 et sq., et 272 et 273. Quant à nous, nous n'avons qu'à nous référer aux considérations que nous avons émises à ce sujet, *loc. cit.* note 54. Il est une force des choses à laquelle on ne saurait résister. Le titre *au porteur* offre certes de graves dangers, mais, au point de vue du crédit, c'est un merveilleux instrument. Cette considération l'a toujours fait maintenir, en dépit des attaques dont il a été l'objet ; c'est une cause qui est aujourd'hui définitivement gagnée.

(134) Un arrêt de cassation du 18 mars 1843 (*J. M.*, 1843, 1, 185), statuant sur un connaissement, dans lequel on n'avait pas exprimé la valeur fournie, dit en effet que les règles générales, en matière d'endossement, s'appliquent non seulement aux *lettres de change* et aux *billets à ordre*, mais à tous autres actes faits *à ordre*, tels que *polices d'assurances*, *contrats de grosse et connaissements*.

Si elle est au porteur, la tradition vaut transport. Mais remarquez bien que, pour changer de main, la créance ne change pas de nature.

C'est toujours une créance aléatoire, conditionnelle, subordonnée à un fait incertain, la perte.

S'il y a arrivée, la police et sa négociation ne peuvent rien produire au porteur ; elles deviennent inutiles.

Au contraire, en cas d'avarie ou de perte, le porteur a le droit, tout comme l'assuré, d'intenter l'action, de faire abandon, de poursuivre le paiement.

Mais quelles exceptions l'assureur a-t-il contre ce porteur ? N'a-t-il que celles qui lui sont personnelles, ou bien celles encore du chef de l'assuré ou du cédant ?

Il faut noter, sous ce rapport, une grande différence entre le porteur d'une police et le porteur de tout autre effet de commerce.

Là, le débiteur, souscripteur ou tiré ne peut se prévaloir que des seules exceptions personnelles au porteur ; il ne saurait lui opposer aucune de celles qu'il a contre le cédant, telles que fraude, simulation, compensation, etc.

Ici, au contraire, il peut les opposer toutes, sauf la compensation pour cause étrangère à la police.

Je dis *pour cause étrangère à la police*, car il pourrait opposer la compensation dérivant du contrat, au sujet de la prime.

Pourquoi cette dérogation, qui, malgré le silence de la loi, est universellement admise ?

La raison en est dans la nature et la force des choses : si, par cela seul que l'assuré endosserait ou remettrait à un tiers sa police, toutes les exceptions de l'assureur s'évanouissaient, que deviendraient l'assurance et sa légitimité ? On tomberait dans les gageures, les fraudes, les suppositions, les réticences, etc.

Mais pourquoi en est-il autrement du *contrat à la grosse*, puisque, lui aussi, est une assurance ?

Oui, sans doute ; mais c'est une assurance où, à la différence de l'assurance ordinaire, c'est, non l'assuré, mais l'assureur lui-même qui a en mains le titre *à ordre*, en qualité de créancier éventuel, et peut en disposer par endossement.

Il n'y a donc pas même motif pour réserver contre le sous-cessionnaire d'un billet de grosse les exceptions réservées contre le tiers porteur d'une police d'assurance.

Mais pourtant n'y a-t-il pas certaines exceptions dont il importerait de ne pas priver le débiteur, celle de simulation par exemple, ou d'usure déguisée, si le preneur en a la preuve en mains ; telle qu'une contre-lettre ?

Il semble bien que oui ; cependant un arrêt de la Cour de cassation, du 27 février 1810, a décidé le contraire, et jugé que l'exception n'était pas opposable au porteur du billet à ordre. (135)

---

(135) Voy sur ceci les développements déjà donnés t. II, *loc. cit.* On doit se souvenir, du reste, qu'en ce qui nous concerne

§ IV

Ce qu'on peut assurer.

L'ordre des matières nous amène à nous demander quelles choses peuvent être assurées, et quelles choses ne peuvent pas l'être.

La disposition fondamentale sous ce rapport est celle de l'article 334; mais il faut y joindre celle des articles 335, 342, et 347.

Posons d'abord les principes qui doivent nous garder dans ce sujet, et tels qu'ils sont indiqués par la loi elle-même.

Ces principes sont au nombre de deux :

1° Il faut que la chose assurée soit dans le commerce, ait une valeur vénale, soit estimable à prix d'argent (art. 334).

Le motif s'entend de soi : l'obligation, la garantie de l'assureur doit se résoudre en argent ; l'indemnité qu'il promet se mesure sur la valeur de la chose ; elle ne

---

nous n'admettons pas la distinction ; et si l'on veut bien se reporter à la note 40 du passage visé, on y verra indiquée, au sujet du billet de grosse *à ordre*, une doctrine entièrement conforme à celle enseignée ici par M. Cresp pour la police d'assurance.

pourrait l'excéder sans qu'on tombât dans la gageure. Or comment ce résultat pourrait-il être atteint, si la chose n'était pas estimable à prix d'argent ?

2° Il faut, pour matière à l'assurance, une chose qu'on risque de perdre, par suite des chances de la navigation (même art. 334).

De telle sorte que si, bien que propriétaire d'une chose, on n'en court pas les risques, on ne peut la faire assurer, car sur quoi la garantie sera-t-elle fondée ?

Et d'ailleurs on ne peut que vouloir conserver ce qui existe réellement, ce qui est réellement en péril, et non s'assurer des bénéfices incertains, des profits espérés ; sinon, il y aurait encore gageure. (136).

Ces bases posées, voyons le détail de ce qu'on peut ou non faire assurer.

La loi indique d'abord *le corps et quille du vaisseau.* Cela se rapporte à la coque, à la charpente même du navire, désignée par sa pièce principale, la quille.

Elle a cru devoir ajouter : *vide ou chargé, armé ou non armé, seul ou accompagné.*

Que signifie cela ?

Vide ou chargé, cela s'entend de soi-même.

---

(136) Signalons ici, pour n'y plus revenir, deux applications délicates de ce double principe, l'une relative à *l'assurance sur la vie*, l'autre à l'*assurance pratiquée par le créancier*, soit par rapport à sa propre créance, soit par rapport à la chose de son débiteur (t. III, p. 75 et sq.).

Armé ou non armé, il s'agit là de l'armement en course ; nous savons ce que c'est (voy. t. I, p. 394 et sq.).

Seul ou accompagné, ceci demande un peu plus d'explication.

Les navires peuvent naviguer et naviguent d'ordinaire isolément, sans autre règle et direction de leur marche que la volonté de leur propre capitaine.

Mais, en temps de guerre, il arrive que plusieurs navires se réunissent, marchent de conserve, mettent en commun leur péril et leurs moyens de défense.

Ou bien, ils se font protéger par un bâtiment de l'Etat ; ils voyagent, comme on dit, *sous convoi ou sous escorte*.

Mais quelle nécessité y avait-il que la loi s'occupât de ces circonstances accidentelles, qui n'influent en rien sur la faculté de faire assurer un navire, et au sujet desquelles il n'y aurait nulle raison d'interdire l'assurance, dans un cas pas plus que dans l'autre ?

Cela a été emprunté à l'Ordonnance, dont l'article 7 *hoc. tit.* contenait une disposition analogue.

Cette exigence se comprenait pour la mention *vide ou chargé*, car le Règlement d'Anvers défendait de faire assurer le vaisseau vide, sans doute pour un motif local (Emérigon, t. I, p. 220).

Mais il n'y avait nulle raison, quant au reste. Cela n'a pas empêché les auteurs d'en imaginer une, en disant que c'est un avertissement pour l'assuré d'exprimer

dans la police une circonstance qui doit influer sur l'opinion de l'assureur.

Cela est-il bien vrai ? Voyons.

D'abord, que le navire soit vide ou chargé, cela importe bien peu à l'assureur sur corps ; il n'y a là pour lui ni diminution, ni aggravation du risque.

Vainement Pardessus a-t-il voulu trouver à cela une différence (t. III, p. 346) ; Valin avait déjà observé le contraire (t. II, p. 50), et en vérité cela est trop évident.

Il est moins indifférent à l'assureur, que le navire soit ou non armé en course, qu'il voyage ou non sous escorte.

Un navire non armé voyage avec beaucoup plus de prudence, ne part que s'il sait que l'ennemi est loin ; choisit les parages où l'ennemi n'est pas ; s'il l'aperçoit, il fuit ; s'il est poursuivi, il cherche un refuge.

Quant au navire armé, son but est précisément de voir l'ennemi, de le chercher, de le provoquer partout. Il y a donc de grands périls de plus (Emérigon, t, I, p. 165).

De même en ce qui concerne le navire voyageant avec ou sans escorte.

Il est vrai que l'escorte est considérée en général comme un motif de sécurité (Emérigon, *ibid.*).

Pourquoi donc faudra-t-il le déclarer à l'assureur ? Cette circonstance lui est favorable, a diminué le risque pour lui.

Mais il peut ne pas en être toujours ainsi ; en effet,

si, sous certains rapports, l'escorte diminue le risque, sous d'autres elle l'aggrave.

Il faut que tout le convoi obéisse aux ordres, aux signaux de l'escorte ; que tous marchent ensemble, que tous s'attendent et se rallient, les plus mauvais voiliers comme les meilleurs ; la supériorité de la marche s'efface ; le voyage s'en trouve allongé et ralenti.

D'où la conséquence que cette circonstance doit être déclarée.

Pourtant, généralement, l'escorte est regardée comme une garantie ; en sorte que si l'on a déclaré *sous escorte* et que le navire parte seul, les assureurs peuvent ne pas répondre des événements ; il y a le délit de fausse déclaration. (137)

---

(137) Tout ceci est bien suranné et a bien perdu de son importance aujourd'hui. La course est abolie depuis 1856, et il n'y aurait qu'une guerre maritime avec l'Angleterre ou les Etats-Unis, guerre fort improbable, et, dans tous les cas, fort peu souhaitable, qui pourrait, en exaltant les passions nationales, en amener la résurrection. La même raison a fait tomber en désuétude les voyages de conserve ou avec escorte, si fréquents autrefois ; sous ce rapport, comme sous bien d'autres, les habitudes commerciales se sont complétement transformées. Pas n'est besoin donc d'exprimer aujourd'hui les diverses circonstances mentionnées dans la loi ; et l'absence d'indication implique forcément que le navire doit partir chargé, et non armé ou accompagné.

Indépendamment des corps et quille du navire, la loi indique comme objet distinct de l'assurance :

Les agrès ou apparaux,

Les armements,

Les victuailles,

Qu'est-ce que c'est que cela ?

Ce sont, ainsi que nous l'avons déjà vu (t. I, p. 54 et sq.), tous les accessoires nécessaires pour la navigation : les munitions de guerre ou de bouche, les avances à l'équipage, enfin tous les frais faits pour le navire jusqu'au départ, ce que l'on appelle ordinairement *la mise hors.*

Mais pourquoi avoir ainsi indiqué et détaillé, distinctement du navire, ces objets qui n'en sont que les accessoires naturels, indispensables, et qui dès lors se trouveraient implicitement compris dans une assurance sur corps ?

Il y a là une tradition et un ressouvenir de ce qui se faisait très anciennement, de cette société qui existait autrefois entre le *combourgeois* et le *victuailleur* (voy. t. I, p. 319 et 320).

Il est à noter du reste que le *Règlement d'Amsterdam* défendait de faire assurer les victuailles, poudres, balles et toutes choses semblables sujettes à diminution ; et en effet Emérigon (t. I, p. 220) observe que tout cela est compensé par le fret que le navire gagne. (138)

---

(138) Ces assurances spéciales sur les *agrès et apparaux, armements, victuailles,* et d'une façon générale sur les frais

rancées, mais ce qui, pour le moment, n'a pas besoin d'autre explication.

Et l'article 334 termine en disant : *et toutes autres choses ou valeurs estimables à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation.*

Complétons enfin ces indications rapides, en disant qu'aux termes de l'article 335, l'assurance peut porter sur tout ou partie desdits objets, *conjointement ou séparément*, c'est-à-dire en une ou plusieurs polices. (139)

Remarquons que, dans la nomenclature que donne la loi des objets le plus ordinairement susceptibles d'assurance, ces objets ne sont considérés, pour ainsi dire, que dans leur nature physique, que dans leurs conditions matérielles.

Mais n'avons-nous pas à les considérer sous un rapport plus élevé et plus essentiel encore, c'est-à-dire dans leur nature morale, dans leurs conditions juridi-

---

(139) La note précédente nous fournit un exemple de cette division des risques, en ce qui concerne l'*assurance sur corps.* Du reste la question de savoir s'il y a ou non assurance unique, indivisible, peut prêter au dopte, dans le cas où, dans la même police, une somme différente a été affectée au corps du navire et à l'un de ses accessoires, tels que la machine (pour les bateaux à vapeur). Mais comme cette difficulté se relie aussi à la matière du délaissement et implique la connaissance des règles établies par la loi à ce sujet, nous préférons renvoyer, pour les explications à donner, *ad dictum locum.*

ques, dans leur relation enfin avec celui qui fait assurer ?

Oui, sans doute, et on en jugera par les questions que voici.

A. Peut-on valablement faire assurer la chose d'autrui ?

Question qui se confond avec celle de savoir qui a qualité pour faire assurer.

Nous avons vu, sur l'article 332, que, rigoureusement, c'est au propriétaire seul qu'il appartient de faire assurer.

Mais il le peut par lui-même ou par un mandataire, et en ce sens on peut faire assurer la chose d'autrui, si l'on a de lui ordre ou mandat, ou s'il ratifie en temps utile, c'est-à-dire avant l'événement.

C'est en ce sens seulement que Valin a pu dire qu'on peut faire assurer la chose d'autrui (t. II, p. 145, sur l'article 61).

Nous avons admis du reste, dans un autre sens, qu'il est possible de faire assurer la chose d'autrui : c'est lorsque on a un intérêt réel et légitime à la conservation de cette chose, en d'autres termes lorsqu'on court, à raison de cette chose, le même risque que courrait le propriétaire lui-même (voy. prés. vol., p. 329 et sq.).

B. Peut-on faire assurer une chose volée ?

Il semble qu'il n'y a pas à hésiter pour répondre *non*.

Et pourtant on a soutenu que *oui*, d'après la maxime qu'*en fait de meubles possession vaut titre*.

Réponse : *oui*, quand c'est de bonne foi, à titre légitime, qu'on possède; mais *non*, lorsqu'il est avéré ou prouvé que c'est par suite d'un crime; le vol ne peut s'abriter sous une présomption légale (140).

C. Mais qu'en serait-il de l'assurance des objets de contrebande ?

---

(140) L'idée de cette question un peu singulière a été suggérée à M. Cresp, par une affaire dans laquelle il avait sans doute consulté, et où l'assuré, pour échapper au reproche de supposition du navire et du chargement, se fondait sur ce que la chose avait été volée, et sur ce qu'il lui avait été dès lors moralement impossible de s'en procurer un connaissement. C'était d'ailleurs une simple allégation qui ne fut pas maintenue, et l'arrêt rendu à la suite n'en porte pas trace ; voy. Aix, 30 août 1833 (Dalloz, *Répert.*, v° *Droit marit.*, n° 1681 ; *J. M.*, 13, 1, 289). Quoi qu'il en soit, si pareille question venait encore à se présenter, une distinction essentielle devrait être faite. Le voleur lui-même, ou d'une façon générale le détenteur de mauvaise foi, ne peut faire assurer la chose volée, parce que, s'il a intérêt à la conservation de cette chose (à cause de la restitution dont il est menacé), c'est là un intérêt illicite, qu'il s'est créé par des moyens coupables, et qui dès lors est indigne de toute protection (arg. art. 351). Quant au possesseur de bonne foi, son assurance serait au contraire parfaitement légitime, parce qu'il est en principe propriétaire, et que, si une revendication peut dans certains cas être exercée contre lui, cette éventualité ne saurait, à elle seule, entraîner *à priori* la nullité du contrat. Tout est sans doute affecté ici d'une condition résolutoire, et le droit de propriété et l'assurance qui a été pratiquée en conséquence, mais tout existe en attendant.

On sait ce qu'on entend par là : ce sont des objets dont, pour des motifs divers, l'importation, l'exportation ou le transit sont prohibés par les lois d'un Etat.

Quoi qu'il en soit, au point de vue de la question présente, il faut distinguer la contrebande à l'égard du pays où l'on contracte et celle à l'égard des autres pays, la contrebande en France ou à l'étranger, la contrebande par contravention aux lois françaises ou par contravention aux lois étrangères.

Dans le premier cas, les lois qui prohibent l'entrée ou la sortie du territoire à telle marchandise, la mettent hors du commerce des nations.

L'introduction ou l'exportation de cette marchandise ne peut être l'objet d'aucun commerce, d'aucune transaction, d'aucun engagement ; tout cela serait illicite et nul.

Nul ne peut, sans violer la loi, en favoriser l'exécution ; le capitaine pour le transport, l'assureur pour la garantie.

Tout le monde est ici d'avis de la nullité (Valin, t. II, p. 127 et sq.; Emérigon, t. I, p. 215 et sq.; Pothier, n[os] 86 et sq., et tous les auteurs modernes).

En ce qui concerne la contrebande à l'étranger, on a pensé au contraire, et d'une façon générale, que toutes négociations et assurances étaient valables ; on a qualifié ce genre de commerce d'*interlope*.

Pothier seul (*ibid.*) s'est élevé avec force contre cette opinion.

Chaque Etat, d'après lui, est souverain dans les limites de son territoire; il peut interdire, quand il veut et dans la mesure où il veut, ce territoire ; pourquoi violer cette interdiction, si vous voulez qu'on respecte la vôtre ?

D'ailleurs, toute personne qui commerce et navigue dans un pays, se soumet temporairement aux lois de ce pays ; ce n'est qu'à cette condition qu'on s'admet réciproquement.

Enfin on ne peut faire la contrebande à l'étranger qu'avec la complicité des gens du pays ; on leur fait donc violer leurs lois nationales.

En résultat, la contrebande est contraire à toute justice et à toute morale ; elle offense, dans ce qu'il a de plus élevé, le *droit des gens*.

Réponse. Cela est sans doute fâcheux ; il vaudrait mieux couper le mal dans sa racine, savoir, que les peuples renonçassent au système prohibitif et qu'on donnât à chacun liberté entière de commercer, c'est-à-dire de faire entrer ou sortir quoi que ce soit.

Mais c'est là une utopie, et cette théorie du libre échange n'a jamais pu et ne pourra, de longtemps encore, entrer dans les faits.

Les peuples en pleine paix se font une guerre sourde ; leurs prohibitions sont dirigées contre les étrangers. (141)

---

(141) Il convient de constater qu'un régime plus pacifique a

La contrebande chez eux n'est qu'une représaille.

Il y aurait donc duperie complète à proscrire et à frapper la contrebande à l'étranger, alors qu'on ne se-

---

succédé, dans ces dernières années, à cette guerre de prohibitions, ou tout au moins de taxes et de tarifs, c'est celui des *traités de commerce*, c'est-à-dire des conventions par lesquelles les Etats arrêtent d'avance les conditions de leurs importations et exportations réciproques, en s'accordant en plus le traitement de la nation la plus favorisée. Mais ce régime des traités, qui semblait avoir victoire gagnée, est aujourd'hui, par suite des souffrances malheureusement très réelles de notre industrie nationale, très combattu, et une partie de l'opinion demande avec instance qu'on en revienne à l'ancien système des tarifs. C'est, là sur le terrain pratique, la vieille lutte de la *protection* et du *libre échange*. Nous n'avons pas ici à prendre parti dans une pareille querelle ; bien que nous soyons en principe partisan de tout ce qui peut favoriser les relations internationales, et créer des liens de dépendance réciproque entre les Etats (ne fût-ce que pour rendre plus rares et plus courtes les épouvantables guerres dont nous avons été témoins), nous reconnaissons cependant qu'il est une mesure à garder dans l'application, que le passage d'un système à un autre demande notamment des ménagements infinis, qu'il faut enfin prendre en considération la situation spéciale que les événements politiques peuvent faire à un peuple. C'est peut-être pour n'avoir pas tenu un compte suffisant de tout ce *contingent*, qu'on a attribué au système des traités un vice qui peut ne provenir que des circonstances particulières dans lesquelles il s'est produit.

rait pas payé de retour, en ce qui concerne la contrebande exercée en violation des lois françaises.

Aussi l'opinion contraire est-elle dominante en jurisprudence comme en doctrine ; Emérigon cite déjà *(ibid)* d'anciennes décisions en ce sens.

On pourrait cependant trouver, dans la jurisprudence moderne, quelques décisions conformes à la doctrine de Pothier, notamment un arrêt d'Aix de 1826, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de Toulon (il s'agissait en l'espèce d'une convention intervenue entre chargeur et capitaine pour l'introduction en Espagne de blés prohibés).

Mais depuis l'opinion contraire a été adoptée à Marseille, à Aix et à Paris.

La Cour de cassation n'a pas jugé la question en matière d'*assurance*, mais elle l'a jugée en matière de *société* (142)

L'assurance sur la contrebande à l'étranger est donc valable, et l'assureur répond des risques qu'entraîne la contrebande.

Mais remarquez que pour cela il faut que l'assureur sache qu'il s'agit de contrebande ; car, bien évidemment, s'il l'a ignoré, on ne peut lui imposer cette augmentation de risque.

---

(142) Voy. sur ces décisions Dalloz, *op. et verb. cit.*, nº 1573, et *J. M.*, 13, 1, 289.

Si on lui a expressément déclaré qu'il s'agit d'objets de contrebande, sans spécifier tel ou tel objet, il en répondra, quel que soit l'objet.

Même sans déclaration expresse, il se peut que l'assureur soit averti et réponde.

Il peut être suffisamment averti par la désignation même de l'objet.

On lui dit en effet que l'assurance porte sur telle denrée dont l'exportation ou l'importation est notoirement interdite, soit au lieu du départ, soit au lieu de la destination.

Voici l'exemple qu'en donne Emérigon (t. I, p. 217). Une assurance est faite de sortie d'Espagne, sur facultés, en soiries. Or, depuis longtemps, l'Espagne avait prohibé la sortie des soies ; cela était notoire, personne ne l'ignorait.

Mais remarquez que cette désignation peut ne pas toujours suffire.

Quand il s'agit de contrebande en France, nul, de l'assureur ni de l'assuré, ne peut ignorer la prohibition des lois.

Mais, à l'étranger, il y a une différence entre les parties : l'assuré, le spéculateur ne peut l'ignorer ; il doit connaître la loi à laquelle il se soumet momentanément.

Mais l'assureur peut dire n'avoir pas connu cette prohibition étrangère, prohibition éloignée, variable, etc.

Dans l'exemple d'Emérigon, il s'agissait d'un pays

voisin, d'une prohibition ancienne, connue de tout le monde.

Si donc l'assuré n'a pas déclaré la contrebande, et ne l'a d'ailleurs indiquée par aucune clause de la police, quelle en sera la conséquence ?

La généralité des auteurs répond que l'assureur ne sera pas tenu des risques de contrebande.

Est-ce dire assez ? Ne faut-il pas tirer de là une conséquence plus grave ? N'y a-t-il pas enfin une réticence annulant le contrat, aux termes de l'article 348 ?

Il est certain qu'il y a une aggravation du risque.

Mais on dit : qu'importe ? Cette aggravation ne concerne pas les assureurs, qui ne répondront que des risques ordinaires.

Réponse. Il y a toujours aggravation ; on connaît le mot d'Emérigon : *sur mer un danger qu'on veut éviter en entraîne souvent mille autres.*

Il est facile de comprendre et de prévoir le genre de navigation auquel se livrera un navire faisant la contrebande ; il s'éloignera des ports et rades, des personnes et des secours ; il fréquentera les lieux écartés, difficiles et déserts. Si le temps est mauvais, il n'aura pas de refuge ; il faudra le braver.

Précisément parce que la capture est aux risques de l'assuré, il fera tout, sacrifiera tout pour l'éviter ; les autres dangers s'aggraveront d'autant.

Malgré ces raisons, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'assuré ; on peut voir en ce sens l'arrêt de la cour d'Aix du 30 novembre 1833, déjà cité.

Le pourvoi dirigé contre cet arrêt n'a rien amené ; la Cour de cassation, par arrêt du 25 mars 1835, a décidé que les juges du fait étaient appréciateurs souverains des cas de réticence. (143)

D. Qu'en est-il des assurances sur effets appartenant à des étrangers, ou bien chargés pour compte étranger ?

Le commerce, surtout le commerce maritime qui se fait principalement de peuple à peuple, ses transactions, et notamment les assurances sont du droit des gens ; ils sont licites, permis, encouragés de peuple à peuple également.

On peut donc en France assurer des propriétés étrangères et réciproquement.

Les primes sont très recherchées, et les assurances constituent une branche importante du commerce des nations.

---

(143) Cette opinion a fini par triompher dans la pratique ; l'article 3 de la police française d'*assurances sur corps* porte en effet que *les assureurs sont exempts... de tous événements quelconques résultant de violation de blocus,* DE CONTREBANDE OU DE COMMERCE PROHIBÉ OU CLANDESTIN. Ainsi ce dont les assureurs ne répondent plus, ce n'est pas seulement de la perte occasionnée par la contrebande elle-même, mais encore de celle résultant des événements de mer, tels que ceux qui viennent d'être visés au texte, et qu'elle aurait *incidemment* amenés. Dans ces termes, on comprend que la déclaration n'ait plus besoin d'en être faite, car elle ne modifierait nullement l'opinion des assureurs sur le risque.

Les compagnies étrangères, comme les compagnies françaises, ont des comptoirs et envoient des agents partout.

L'Ordonnance, par son article 1er, permettait expressément aux étrangers de faire le commerce des assurances, et bien que le Code ait gardé le silence sur ce point, la chose va de soi, comme pour tout commerce exercé en France par des étrangers.

Voilà pour l'état de paix.

Mais en temps de guerre !

L'état des choses change, et de graves questions s'élèvent qui mettent en jeu le droit public international.

Et d'abord les sujets de la nation qui entre en guerre avec une autre, peuvent-ils assurer ou faire assurer les propriétés de l'ennemi ?

Supposons la France en guerre avec l'Angleterre : les Français peuvent-ils assurer des propriétés anglaises, et réciproquement ?

Non, toute déclaration de guerre emporte interdiction de commerce entre les sujets des deux nations.

La formule même de la déclaration interdit toute communication, toute intelligence, tout commerce, ordonne même à tous les sujets de la nation de courre sus aux propriétés (voy. Valin, t. II p. 27 et 31 ; Emérigon, t. I, p. 128 et sq.; Pothier (annoté par Estrangin), p. 145 et sq.).

On a bien vu, dans certaines guerres, quelques exem-

ples de tolérance pour le commerce maritime entre ennemis, ainsi que le constate Emérigon *loc. cit.*, mais ce sont des exceptions.

La règle est que le commerce cesse, et bien plus, qu'on attaque et enlève réciproquement les propriétés sur les mers.

Or, comment concilier cela avec des assurances faites en France sur propriétés ennemies ?

Ne serait-il pas contradictoire que nos assureurs garantissent aux ennemis ce que nos croiseurs leur enlèveraient; que nous leur prissions d'une main ce que nous leur rendrions d'une autre ? Et cela ne serait-il pas de nature même à énerver l'action de la puissance publique ?

Aussi les assurances de propriétés ennemies ont-elles été prohibées par les anciens règlements, tels que le Règlement de Barcelone, le Guidon (Emérigon, *loc. cit.*)

Cela n'a pas été répété par les modernes, mais a été admis par tous les auteurs (*id. ibid.*), et se trouve du reste supposé par quelques-unes des dispositions de notre loi commerciale (art. 253 et 276).

On a observé néanmoins qu'il n'en est pas de même en Angleterre ; que, pendant les guerres avec la France, les Anglais ont assuré des propriétés françaises, nous rendant ainsi ce qu'ils nous avaient pris et regardant cela comme permis par leurs lois ou règlements (Valin, Pothier, Emérigon, *loc. cit.*)

Mais cette idée est combattue par Estrangin (p. 145 et sq., 462 et sq.).

Il soutient que le principe est le même en Angleterre qu'en France, que les lois prohibent également toute assurance sur propriété ennemie.

En fait, il est vrai que les Anglais ont assuré et assurent encore les propriétés françaises, quoique hostiles, tout comme les français assurent les propriétés anglaises, en masquant le pour compte hostile, sous la formule *pour compte de qui il appartiendra.*

Mais c'est en violation de la loi ; il n'y a point d'action en justice ; l'assurance ne repose que sur la bonne foi des parties ; ce sont des *polices d'honneur*.

Qu'en est-il ? Tout cela est trop absolu ; il y a erreur des deux parts.

Il n'est pas vrai que les lois anglaises prohibent absolument toute assurance sur marchandise ennemie.

En 1815, pendant les Cent-Jours, on assurait à Londres, publiquement et légalement, des propriétés françaises.

Mais il n'est pas vrai, non plus, qu'elles soient permises d'une manière absolue, indéfinie.

Les assureurs excluent les risques de capture anglaise, c'est-à-dire que si le navire est pris par vaisseau anglais, ils ne répondent pas de la perte; ils n'en répondent que si la perte provient des risques ordinaires, des risques de paix.

Ils sauvent par là la contradiction, que la même nation assure ce qu'elle prend.

Pourtant les Anglais assurent, en fait, même la capture anglaise, mais séparément, à prime plus forte, et par polices d'honneur. (144)

Chez nous le principe est plus sévère et plus absolu. Toute assurance sur propriété ennemie est nulle.

Emérigon *loc. cit.* nous donne un exemple qui prouve quelle était sous ce rapport la sévérité de la règle.

Pendant la guerre avec l'Angleterre, une assurance est commise à Marseille sur deux balles de soie, chargées pour Hambourg sur navire danois, pour compte d'un négociant suisse, c'est-à-dire appartenant à une nation neutre, mais *domicilié en Angleterre.*

Le navire est pris par les Anglais.

La perte est demandée aux assureurs de Marseille, qui opposent la nullité du contrat comme portant sur marchandise ennemie.

A la vérité le propriétaire était suisse, mais il était domicilié en Angleterre et sujet à temps de cette puissance.

---

(144) C'est ainsi que les choses s'étaient passées dans une affaire Siordit, plaidée par M. Cresp, et qui l'a sans doute mis à même de connaître sous ce rapport la véritable règle. Les assureurs de Londres avaient assuré tous risques sur navire français (à l'exception de la capture anglaise), à la prime de 5 guinées par 100 livres sterling. Postérieurement ils consentirent à courir ce dernier risque par *police d'honneur*, à la prime de 20 guinées par 100 livres sterling.

Par ce motif, l'assurance fut annulée par sentence de l'Amirauté de Marseille, en 1759. (145)

Mais *quid* si l'assurance sur effets étrangers a été faite en pleine paix, et que la guerre survienne ensuite? L'assurance sera-t-elle nulle, comme si les effets eussent été ennemis lors du contrat?

La question s'est offerte, non chez nous, mais chez les Anglais.

En 1780, pendant la paix, des anglais assurent des propriétés hollandaises ; la guerre éclate ensuite entre l'Angleterre et la Hollande ; les effets assurés sont pris par les Anglais.

Les assureurs à qui on demande le paiement de la perte opposent la nullité du contrat. Il fut jugé par les cours anglaises (Lord Mansfield) que l'exception était contraire à la bonne foi et au droit des gens qui, malgré la survenance de la guerre, maintient les engagements pris pendant la paix (Emérigon, t. I, p. 555 ; Estrangin, p. 462).

Mais plus tard il en a été autrement.

Des assurances avaient été prises sur propriétés françaises par des assureurs anglais avant 1793. On connaît les guerres qui survinrent, non seulement avec

(145) Il va sans dire qu'une pareille sévérité devrait être rejetée aujourd'hui, et à moins que le neutre ne fût là que pour masquer le *pour compte hostile*, le contrat subsisterait dans sa validité première, car la résidence ne fait pas la nationalité.

l'Angleterre, mais avec les principales puissances de l'Europe ; les effets assurés furent pris.

En 1802, au rétablissement de la paix, les assurés français attaquèrent les assureurs Anglais. Ceux-ci furent déchargés de la perte ; quelques-uns ne voulurent pas contester, et payèrent (Estrangin, p. 463).

L'assurance sur effets ennemis sera-t-elle nulle encore quand ces effets seront chargés, non sur un navire ennemi, mais sur un navire neutre ?

Cette question tient au droit des neutres ; elle se rattache à la théorie de la neutralité.

Les neutres ont-ils le droit de transporter les effets d'une des nations belligérantes, sans pouvoir être recherchés ni capturés par l'autre nation belligérante ?

Peuvent-ils dire : tout ce qui est sous mon pavillon est censé sur territoire neutre, est censé propriété neutre ?

Ou bien, les nations en guerre peuvent-elles, chacune de leur côté, rechercher et saisir les propriétés ennemies sous tous les pavillons possibles, et traiter comme ennemi le neutre lui-même qui les transporte ?

Autrefois, en France et ailleurs, la maxime était que partout où l'on trouvait les propriétés ennemies, elles étaient de bonne prise.

Bien plus, en punition de la complaisance du neutre, ses propres marchandises et son navire étaient capturés comme ennemis (Valin, t. II, p. 32 ; Emérigon, t. I,

p. 447 et sq., Ord. de 1543 et 1584, Ord. de la Marine, tit. *Des prises*, art. 7).

Sous ce régime, l'assurance faite sur ces effets ne pouvait manquer d'être annulée (Règ. de Barcelone, Guidon, etc). Valin n'y met pas de doute (*ibid*).

Mais depuis, les maximes sur les neutres ont changé en France et ailleurs.

On connaît le fameux axiome adopté aujourd'hui comme une sorte de loi internationale : *le pavillon couvre la marchandise.* Il en résulte que le neutre ne peut être ni capturé, ni arrêté, ni visité.

Une ligue des puissances du Nord fit d'abord respecter ce principe sous le nom de *neutralité armée.*

Dans ce système les assurances sur propriétés hostiles, chargées sur navire neutre, auraient dû être valides.

Mais ces maximes ne furent pas d'abord adoptées par l'Angleterre, qui continue à exercer le droit de visite, à capturer, et aggrave ainsi par son opposition l'état des choses.

Il faudrait donc l'assentiment unanime pour que le principe fît partie du droit des gens. (146)

---

(146) Cet assentiment existe aujourd'hui ; il a trouvé son expression dans l'article 2 du traité de Paris, conclu le 16 avril 1856. Mais il a été lent à s'établir, par suite, ainsi qu'il vient d'être dit, de l'opposition de l'Angleterre. On peut voir dans l'*Histoire du Consulat et de l'Empire*, de M. Thiers (t. II, p. 361 et sq.), les phases douloureuses par lesquelles a passé la question, et les conflits armés auxquels elle a donné lieu.

En admettant même que les neutres puissent transporter les propriétés des belligérants, ils ne peuvent leur envoyer ni leur apporter certains objets, quoique propriétés neutres.

Ce sont *les munitions de guerre*, *armes*, *canons*, *poudre*, *salpêtre*, *soufre*, etc.

C'est ce qu'on appelle *contrebande de guerre*, par opposition à contrebande civile (celle qui a lieu en temps de paix).

Tout vaisseau neutre, qui est rencontré transportant dans l'un des pays en guerre quelques-uns de ces objets, encourt, de la part des autres contendants, confiscation et capture ; il est considéré et traité comme ennemi (Estr. p. 93).

Bien plus, on répute *contrebande de guerre*, toute cargaison, quelle qu'elle soit, d'un vaisseau neutre, destiné à un port assiégé ou bloqué, à la condition cependant que le blocus soit réel.

Cette condition aujourd'hui acceptée et que les neutres ont toujours fait respecter, a eu pour but de mettre fin aux abus des blocus fictifs, et aux entraves gratuites qu'ils apportaient au commerce.

Quoi qu'il en soit, l'assurance sur ces objets sera-t-elle licite, de la part des sujets de la puissance en guerre ?

Oui , pour les effets qui pourraient bénéficier de la maxime que *le pavillon couvre la marchandise* ;

non, pour les autres, c'est-à-dire pour la contrebande de guerre, ou les objets destinés à un port bloqué.

Nous avons raisonné, jusqu'à présent, en vue d'une assurance faite par les sujets d'une puissance belligérante.

Il en résulte que ces assurances ne seraient illicites (dans les cas où elles le seraient), qu'à l'égard des nations belligérantes, et qu'en tant que ce seraient leurs propres sujets qui y participeraient.

Elles ne le sont point, elles sont au contraire usitées et valables, de la part des neutres.

Supposons une guerre entre l'Espagne et l'Angleterre; la France est neutre.

Les Français pourront assurer les propriétés, soit espagnoles, soit anglaises ; ils pourront charger et assurer sur navires français ces propriétés, soit espagnoles, soit anglaises ; ils pourront expédier et faire assurer telles munitions qu'il leur plaira, etc.

La raison en est que l'état de guerre de deux nations n'ôte pas aux nations neutres le droit de faire le commerce avec chacune des nations belligérantes (Emérigon, t. I, p. 216).

Mais remarquons que, pour que l'assurance soit valide vis-à-vis des assureurs, il faut que l'assuré leur déclare le *pour compte hostile* ; sinon, ils pourraient dire qu'ils ont cru à l'existence d'une propriété neutre.

Mais il n'est pas indispensable de faire une déclaration expresse.

L'assureur est averti suffisamment par l'emploi de la clause *pour compte de qui il appartiendra.*

En temps de guerre, cette clause prend ce sens particulier qu'elle avertit que la marchandise pourra être chargée pour le compte d'un belligérant.

Mais elle signifie et suppose aussi autre chose, à savoir, que le compte hostile sera caché, masqué, simulé neutre, par les connaissements et autres pièces de bord.

Si le *pour compte* n'a pas été simulé, si l'on a chargé à découvert pour compte hostile, la clause ne sert plus à rien, il y a réticence, et par suite nullité. (147).

E. La suite de la même idée nous amène à nous occuper de la *réassurance*, et, ce qui y ressemble beaucoup, de l'*assurance des sommes prêtées à la grosse.*

Qu'est-ce d'abord que la réassurance ?

Le mot même indique qu'il s'agit d'une nouvelle assurance sur la même chose, sur le même risque qui a été déjà assuré.

Or, cette assurance nouvelle pouvait-elle être indis-

---

(147) Ces observations, vraies à l'époque où elles ont été écrites, n'ont plus de raison d'être aujourd'hui, depuis que la maxime ci-dessus citée fait partie du droit public des nations. Du moment en effet qu'un navire neutre ne peut plus être inquiété à cause de son chargement, et qu'il n'a aucun risque spécial à courir de ce chef, il importe peu de savoir à qui appartient ce chargement, et le défaut de déclaration sur ce point ne peut modifier en rien l'opinion des assureurs; *sic* Bédarride, n° 1210.

tinctement permise à ceux qui auraient figuré dans la première, soit comme assuré, soit comme assureur ?

Non, il y avait ici à distinguer entre les deux parties ; et c'est la distinction qu'a faite la loi elle-même.

C'est l'assureur seul qu'elle a autorisé à se faire réassurer ; elle a dit (art. 342) *l'assureur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés.*

Elle n'aurait pu également y autoriser l'assuré, sans violer les premiers principes de la matière, sans se mettre en contradiction flagrante avec elle-même.

S'il est en effet un principe certain, c'est que le propriétaire d'une chose ne peut plus d'une fois la faire assurer contre le même risque.

Ce qu'il ne faut pas entendre en ce sens qu'il ne puisse pas y avoir plusieurs polices, comme une seule, sur le même objet, sur le même risque ; mais en ce sens que, si l'objet mis en risque est une fois garanti et couvert à plein, pour toute sa valeur, par une ou plusieurs polices n'importe, il n'est plus possible d'en faire le sujet d'une nouvelle assurance.

L'unité d'assurance n'est pas la même chose que l'unité de police : que la police soit une ou multiple, ce sera toujours une seule et même assurance, si, en quelque nombre que soient les polices, elles ont identiquement le même sujet et le même risque, et, si d'ailleurs toutes réunies, elles n'excèdent pas la valeur du sujet qui leur est commun.

Or, s'il arrive qu'une première assurance prise par le propriétaire en une ou plusieurs polices, couvre tout

entière la valeur de la chose en risque, que s'ensuivrait-il ?

C'est que la nouvelle assurance qu'il voudrait en faire manquerait absolument d'aliment ou de matière, puisqu'il voudrait par là se faire de nouveau garantir contre le même risque, dont il est déjà complétement garanti.

Cette réitération, ce double emploi devait évidemment, nécessairement lui être interdit, et c'est ce que la loi n'a pas manqué de faire par ses dispositions sur le *ristourne*. La première assurance couvrant toute la valeur de la chose, est seule valide et maintenue ; la seconde est annulée comme ne portant plus sur rien (art. 357, 358, 359 du Code).

Mais ce qui était et devait être ainsi prohibé au propriétaire une fois assuré et couvert de son risque, a pu et a dû au contraire être permis à son assureur.

Celui-ci s'étant, par son contrat, chargé des risques de la chose d'autrui, a pu très bien vouloir, par un nouveau contrat, s'en décharger sur d'autres, et à son tour, prenant le rôle d'assuré, les transmettre à de nouveaux assureurs, qui seront les siens et non ceux de l'assuré primitif.

Car, remarquons bien que les deux contrats d'*assurance* et de *réassurance* ne se confondent nullement, qu'il ne résulte du second aucune altération ni novation au premier.

L'assureur réassuré n'est en rien dégagé envers son propre assuré.

Le réassureur ne s'engage à rien envers cet assuré, et n'acquiert aucun droit contre lui.

Et de son côté ce même assuré n'acquiert rien, n'est soumis à rien envers le réassureur de son propre assureur.

La loi entend si bien que les deux contrats sont distincts et indépendants, qu'elle dit, au même article 342, que la *prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance.*

En sorte que si elle est plus forte, tant pis pour le réassuré ; il sera seul en perte de la différence ; et, si elle est moindre, c'est lui seul qui en profitera.

Tous les effets de la réassurance se concentrent donc entre le réassuré et le réassureur ; c'est uniquement entre eux et de leur propre chef que se contractent et s'exercent les actions et obligations dérivant de toute assurance.

Quelles sont les conditions exigées pour la validité d'une réassurance ?

Il y en a plusieurs :

1° Il faut faire connaître au réassureur qu'il s'agit d'une réassurance, et non d'une assurance directe, de la cession enfin d'une assurance déjà faite.

Le motif en est facile à deviner. La cession même indique, chez le premier assureur, quelque crainte ou inquiétude sur le risque, puisqu'il veut s'en défaire, s'en décharger sur un autre.

Si le réassureur n'est donc pas instruit de cette circonstance, il y a réticence. (148)

2° Plus que cela, il faut indiquer la date de l'assurance primitive.

La raison en est que l'espace écoulé depuis peut être un grave motif d'inquiétude ; c'est le retard dans l'arrivée du navire qui a déterminé le premier assureur à se faire réassurer.

Il y a donc réticence à n'avoir pas déclaré ce fait au réassureur.

Cela a été jugé ainsi plusieurs fois, et notamment par la cour d'Aix, le 17 juillet 1829.

---

(148) Nous croyons cette opinion trop absolue ; la réassurance peut être due à d'autres mobiles que celui indiqué ici ; elle peut être déterminée, ainsi que M. Cresp va lui-même le reconnaître, par une spéculation sur le taux de la prime, etc. En quoi dès lors ce fait et autres analogues sont-ils intéressants à connaître pour le réassureur, et dans quelle mesure la connaissance qu'il en aurait eue aurait-elle modifié son opinion sur le risque ? Il ne peut donc y avoir réticence que tout autant que la réassurance aura une raison d'être suspecte, telle que l'appréhension du risque, mais c'est là un cas tout spécial, qui ne doit pas se présumer. — La jurisprudence est divisée sur la question ; dans le sens de la réticence, Marseille, 5 juillet 1843 et 21 mai 1863, et par arg. Aix, 5 avril 1865 (*J. M.*, 22, 1, 323, 1863, 1, 150, 1865, 1, 134) ; en sens contraire Rouen, 12 décembre 1863 ; Bordeaux (trib. com.), 8 mars 1873 ; cpr. aussi Marseille, 13 avril 1859 (*ibid.* 37, 1, 177, 1866, 2, 103, 1873, 2, 173).

3° Il faut enfin que les conditions de la réassurance soient calquées sur celles de l'assurance.

A part la prime qui peut différer, il faut mêmes sommes, mêmes risques ; autrement ce ne serait pas une réassurance, mais une assurance nouvelle.

Or l'assureur n'a pas qualité pour cela. (149).

Notez au surplus que ce n'est pas toujours par crainte qu'on se fait réassurer.

---

(149) Ainsi l'assureur ne pourrait faire réassurer la prime des primes, ou stipuler une franchise d'avaries, si cette double clause n'avait déjà trouvé place dans l'assurance primitive. La raison en est que par la réassurance l'assureur devient assuré, et que, pas plus pour lui, que pour l'assuré ordinaire, le contrat ne peut devenir une occasion ou un moyen de s'enrichir, *in materia assecurationis, detrimenti, non lucri, fit præstatio*.

La même idée avait conduit Valin à décider que l'assureur ne pouvait faire réassurer la somme entière qu'il avait couverte par une première police, qu'il devait en déduire la prime, puisque cette prime lui était acquise à tout événement, et qu'il était sous ce rapport à l'abri de tout risque. Mais c'était là un faux raisonnement ; car si l'assureur peut retenir la prime à l'assuré et la compenser avec ce qu'il lui doit, le réassureur peut en user de même avec lui ; en se faisant donc réassurer pour la somme entière, il ne reçoit pas plus qu'il ne doit restituer. Dans le système de Valin, il serait en perte de la prime de réassurance. Aussi cet avis n'avait-il pas prévalu, même dans l'ancien droit, et aujourd'hui la pratique contraire n'a jamais soulevé aucune difficulté (Valin, sur l'art. 20 de l'Ord., t. II, p. 67 ; Emérigon, t. I, p. 249).

Les réassureurs sont devenus des spéculateurs sur le taux de la prime.

Ce taux baisse ou hausse, selon les circonstances ; il est plus haut ou plus bas, selon les localités, les besoins, la rareté ou multiplicité des risques ou des assureurs.

Si les assureurs de Livourne ou de Londres ont assuré à un taux assez élevé, et qu'à Marseille le taux soit plus bas, ces assureurs s'y feront réassurer à prime plus basse et gagneront par là tout l'excédant de la prime.

C'est une nouvelle branche de commerce fondée sur le cours comparatif des primes.

Les réassurances donnent lieu du reste aux questions les plus intéressantes.

Ainsi, en cas de sinistre majeur, il y a lieu à un double abandon, de l'assuré primitif à son assureur, du réassuré à son propre assureur.

Quel est le délai qui leur est imparti, dans ce cas, à l'un et à l'autre ? Il nous suffit pour le moment d'avoir indiqué la question ; nous la retrouverons plus tard.

Qu'en est-il maintenant de l'assurance sur *prêt à la grosse* ?

Ici même distinction entre les parties, même alternative de défense et de permission.

Aux termes de l'article 347, l'assurance est nulle, si elle a pour objet les *sommes empruntées à la grosse* ; tandis que l'article 334 déclare que l'assurance peut avoir pour objet *les sommes prêtées à la grosse*.

En d'autres termes, l'emprunteur ou preneur ne

peut faire assurer les sommes qu'il reçoit, le prêteur ou donneur peut faire assurer les sommes qu'il fournit.

En d'autres termes encore, le preneur ne peut faire assurer l'objet sur lequel il a emprunté et dont la valeur entière a été couverte par l'emprunt ; mais le donneur peut faire assurer ce même objet sur lequel il a prêté.

Pourquoi cela ?

Les motifs en sont les mêmes que dans le cas précédent.

La convention de grosse n'est au fond, nous le savons bien, qu'une assurance, mélangée de prêt, il est vrai, mais où le risque de la chose affectée passe du preneur qui est l'assuré, au donneur qui est l'assureur.

De là il suit que, si le preneur assuré pouvait faire, de l'objet absorbé par l'emprunt, la matière d'une assurance, ce serait là vraiment assurance sur assurance.

Or on ne peut deux fois faire assurer la même chose, la même valeur, le même risque.

Les principes du *ristourne* s'appliquent ici avec la même rigueur, la même exactitude, que s'il s'agissait de deux assurances proprement dites.

C'est ce que tout le monde reconnaît, et ce que reconnait aussi la loi elle-même.

Mais au contraire, il n'est que juste de concéder au donneur le droit de faire assurer par des tiers les avances qu'il a faites, ou, ce qui revient au même, la chose qui lui a été affectée pour répondre de ses avances, et dont ces avances mêmes suivent les chances et le sort.

Les mêmes risques dont il a déchargé le propriétaire

et qu'il a entièrement assumés, il peut à son tour s'en décharger en les transportant sur d'autres, sans toutefois par là être lui-même délié à l'égard de son preneur assuré. Car, ici encore, il est vrai que les deux contrats de grosse et d'assurance ne se confondront pas; qu'aucune action ni obligation ne se formera entre les nouveaux assureurs et le preneur, assuré primitif ; que tout, activement et passivement, se concentrera entre le donneur, devenu assuré, et ses propres assureurs.

Que faut-il enfin voir dans l'assurance que prend un donneur sur son intérêt risqué à la grosse ?

Pas autre chose en réalité qu'une réassurance, justement permise par la loi, et généralement tenue pour très légitime.

Et ce n'est pas autre chose qu'ont pu y voir en définitive Pothier, Emérigon, nos auteurs modernes et les jurisconsultes de tous les pays (Emérigon, t. I, p. 243; Estrangin, p. 47 ; Vincens, t. III, p· 226 et 307; Benecke, t. I, p. 291).

On a fait néanmoins des objections à ceci.

Le donneur, a-t-on dit, court bien les risques des deniers ; mais quel prix exorbitant il en stipule dans le change maritime !

Ce change n'est légitime, n'est toléré qu'en raison du risque de perdre le capital.

Si, au moyen d'une assurance nouvelle, il est certain que le capital sera toujours remboursé, quel droit peut il avoir au change ? C'est usuraire.

Il est vrai qu'il paye à l'assureur une prime qui réduit

d'autant son profit, mais cette prime est toujours incomparablement plus faible que le change, et il y a toujours pour lui bénéfice usuraire (Valin, Emérigon, *loc. cit.*).

Ces raisons sont assez fortes, mais le vrai motif de décider est, ainsi que nous l'avons observé, que l'assurance des deniers n'est autre chose qu'une réassurance.

Or, dans la réassurance, l'assureur réassuré peut bénéficier sur la prime.

Il est vrai encore que le bénéfice du donneur réassuré est plus fort et doit toujours avoir lieu ; mais cela est compensé : 1° par l'avance de son argent ; 2° par la chance de ne point recevoir de change en cas de perte.

Ainsi, tout bien considéré, il y a même raison pour favoriser le donneur que l'assureur.

Puisque l'assurance sur prêt à la grosse n'est qu'une réassurance, tout ce que nous avons dit à ce propos s'applique :

1° Le nouveau contrat est étranger au premier, en ce sens qu'aucun lien n'existe entre le preneur et l'assureur du donneur ; ce dernier n'est pas délié envers son preneur.

2° Le preneur ne pourrait devenir assureur à son donneur ; ce serait la résolution de l'assurance jointe au prêt ; il ne resterait alors qu'un prêt pur et simple, et le change serait usuraire.

3° Le donneur réassuré doit déclarer que l'assurance porte sur deniers prêtés à la grosse ; le motif en est le même que pour la réassurance.

4° Il doit énoncer, également par la même raison, la date du contrat de grosse ; il y aurait dans les deux cas réticence s'il ne le faisait pas.

5° Son assurance doit, dans ces conditions et énonciations, être parfaitement conforme au billet de grosse; ce billet tient lieu du connaissement visé par l'article 348, et toute différence entre les deux annulerait le contrat. (150)

On manque rarement du reste à faire assurer l'argent prêté à la grosse ; c'est une spéculation, comme la réassurance ordinaire.

On voit, par les développements qui précèdent, combien il est incontestable, ainsi que nous l'avons soutenu, qu'un autre que le propriétaire peut très-valablement faire assurer une chose.

Celui qui fait une réassurance, réassuré ordinaire ou donneur réassuré, n'est nullement propriétaire de la chose, objet de la nouvelle assurance, bien distincte et indépendante de la première.

Et cependant, quoique non propriétaire, il a légalement qualité pour prendre une assurance.

A quoi cela tient-il ?

---

(150) Voy. d'intéressantes applications de cette idée dans les décisions suivantes : Marseille, 8 décembre 1819, 29 décembre 1820 ; Aix, 18 février 1828 ; Marseille, 9 et 14 octobre 1829 (*J. M.*, 1, 1, 175, 2, 1, 125, 9, 1, 41, 11, 1, 45 et 65).

Cela tient à ce qu'étant déjà assureur de la chose, il en court les risques à la décharge du propriétaire, à son lieu et place, tout comme s'il était propriétaire lui-même.

Et c'est précisément alors le propriétaire lui-même, exonéré par lui de ses risques, qui est inhabile à faire assurer sa chose ; la loi, ainsi que nous allons le voir, lui en fait une défense formelle.

Pour savoir donc qui a le droit d'assurance, il faut se demander, non qui est propriétaire de la chose, mais qui en court les risques à l'égal du propriétaire ; celui-là, mais celui-là seul pourra faire assurer.

F. L'assuré peut-il enfin faire assurer, outre la valeur entière de sa chose, la *prime* promise à ses assureurs ?

Oui, cela est autorisé par l'article 342.

Pourquoi ? Parce que cette prime augmente d'autant la valeur de la chose en risque ; comme tous les autres frais, impenses ou loyaux-coûts, elle fait partie de la valeur, elle entre dans la facture.

Ainsi donc, sans nul doute, l'assuré, après avoir fait assurer son capital par un assureur, peut faire assurer la prime de cette première police par un deuxième assureur.

Il y a plus : comme pour l'assurance de la prime, l'assuré est obligé de donner une nouvelle prime, il peut, par identité de motif, faire assurer encore par un troisième assureur la prime du deuxième ; c'est ce qu'on appelle *prime de la prime*.

Cette troisième prime, l'assuré peut encore la faire assurer par un quatrième assureur, et ainsi à l'infini jusqu'à extinction complète du risque pour l'assuré; c'est ce qu'on qualifie d'une façon générale sous le nom *assurance de la prime des primes.*

Cela est parfaitement licite, quoique le Code soit muet sur cette multiplicité de contrats portant tous sur la prime.

Mais voici la difficulté :

Peut-on faire assurer la prime, et la prime des primes, par le même assureur qui a assuré le capital, et par la même police ?

La loi n'en dit rien ; certains auteurs ne semblent pas supposer cela possible (Pothier nos 34 et sq.).

Et il faut avouer qu'au premier coup d'œil du moins, cela semble répugner à la nature du contrat.

La prime est de son essence. Or, en cas de perte, voici ce qui arrive : l'assureur du capital qui, dans l'ordre, aurait eu droit à la prime, se trouvant ainsi assureur de cette prime et de la prime des primes, sera débiteur de tout cela ; il n'aura rien à recevoir, rien à compenser; il payera intégralement la perte, sans recevoir le prix du péril.

N'y a-t-il pas violation de l'essence du contrat ? Où sont ses corrélatifs indispensables ?

Et pourtant l'usage ou la pratique contraires sont universels ; toutes les formules de polices portent qu'on fait assurer par les mêmes et dans le même contrat, le capital et la prime des primes, etc.

L'assuré fait son calcul des primes ; il joint cela à son capital, il en fait une somme unique, qui est la somme assurée.

Il est peut-être sans exemple qu'il y ait eu des assureurs distincts pour le capital et les primes.

Et les tribunaux respectent ce pacte constamment stipulé.

Comment concilier cela avec les principes ?

Emérigon (t. I, p. 246 et sq.) trouve l'objection très forte, et cherche à la résoudre par une métaphysique assez subtile.

Il dit que, bien qu'il n'y ait matériellement qu'un seul assureur pour le capital et pour les primes, il faut par l'esprit discerner deux assureurs, l'un du capital, l'autre des primes ; il y a réduplication des personnes, etc.

Tout cela est très peu satisfaisant, et ne lève point la difficulté.

Il y a une plus simple et meilleure raison à donner. La prime est de l'essence du contrat ; mais ce qui n'est pas de son essence, c'est que la prime soit toujours acquise à l'assureur, dans tous les cas, quel que soit l'événement.

La prime elle-même peut être aléatoire, dépendre de l'événement.

Il en est bien ainsi en matière de contrat de grosse, qui est aussi une assurance ; le change ou prime n'est acquis qu'en cas d'heureuse arrivée ; s'il y a perte, le donneur assureur ne reçoit rien.

Qui empêche de le convenir ainsi pour l'assurance ordinaire ? c'est-à-dire que la prime ne sera due qu'en cas d'heureuse arivée, et non de perte ?

Cette assurance conditionnelle n'a rien qui soit contraire à l'essence du contrat, ou qui blesse la simple équité ; car si, d'une part, en cas de perte, l'assureur n'a rien à recevoir ou à compenser, d'autre part, en cas d'heureuse arrivée, il reçoit non seulement la prime du capital primitif, mais encore la prime de cette prime, et ainsi à l'infini.

Or, tous ces surcroits de prime compensent bien le risque de ne rien recevoir en cas de perte (cpr. prés. vol., p. 132). (151)

La coutume à cet égard se concilie donc très-bien avec les principes et la justice, et c'est très avantageux aux assurés qui n'ont pas besoin de divers assureurs et de divers contrats.

Mais il va sans dire que, pour que l'assurance puisse comprendre la prime des primes, il en faut faire la déclaration expresse dans la police.

Après cet examen des assurances autorisées expressé-

(151) Tout cela revient en somme à dire que l'assureur peut, avec l'assentiment de l'assuré et moyennant un supplément de prime, transformer sa créance, de pure et simple qu'elle est en principe, en créance conditionnelle. Or, cette opération est tout ce qu'il y a de plus licite en droit ; elle porte un nom, elle s'appelle la *novation* (art. 1271 1° Cod. civ.).

ment par la loi, ou permises par application de ses principes, nous arrivons naturellement à celles qui sont prohibées.

Sous ce rapport l'article 347, qui est la disposition fondamentale, déclare nul, en premier lieu, le contrat qui a pour objet le *fret à faire* ou le *profit espéré des marchandises.*

Nous réunissons ensemble ces deux prohibitions, parce qu'elles se rattachent à la même idée.

Ailleurs, en Angleterre et dans le Nord, ces assurances sont licites.

Pourquoi sont-elles nulles chez nous ?

Il est une maxime fondamentale, c'est que l'assurance est un moyen de conservation de ce qui existe réellement, et non un moyen d'acquérir, de bénéficier, de s'assurer un gain ou profit possible, éventuel, incertain, qui existera peut-être, mais n'existe pas encore.

Or, le profit du navire, appelé fret, et le profit des marchandises sont également incertains.

Le fret n'est dû que si le navire arrive heureusement (art. 302) ; le profit de la marchandise dépend de mille hasards.

Mais, ce principe posé, il faut bien distinguer d'une part le *fret acquis* et le *fret à faire*, et d'autre part le *bénéfice fait ou acquis*, et le *bénéfice espéré.*

Ce dont la loi prohibe l'assurance, c'est, soit le fret à faire, soit le bénéfice espéré ; mais quant au fret ou profit acquis, ils peuvent incontestablement être assurés, car ils constituent des choses acquises, des biens

existant réellement dans le patrimoine, lors de la passation du contrat. (152)

---

(152) Nous devons nous arrêter quelque peu sur ces données, qui, en l'état de la réforme imminente du Code de commerce *parte in qua*, constituent des questions à l'ordre du jour, et demandent à être examinées de très près, au double point de vue de la loi existante et de la loi à venir.

I. L'opinion commerciale n'a jamais ratifié la double prohibition de l'article 347, en ce qui concerne l'assurance, soit du *fret à faire*, soit du *profit espéré des marchandises*. On s'est demandé d'abord en droit, et relativement au fret, si, par le seul fait qu'il constitue une créance conditionnelle de l'armateur sur le chargeur, le fret est insusceptible d'être assuré ; si d'abord les créanciers conditionnels ne peuvent faire des actes conservatoires de leur créance (art. 1180 Cod civ.), et si l'assurance n'est pas dès lors le plus légitime, le plus commandé de tous les actes conservatoires. De plus, en se plaçant sur le terrain même des règles spéciales à notre contrat, l'article 334 ne permet-il pas de faire assurer tout ce qui est sujet aux risques de la navigation, et la créance du fret n'est-elle pas dans ce cas? Si du domaine du droit on passe à celui de l'équité, on comprend encore moins qu'une personne, armateur ou chargeur, qui a fait des impenses quelquefois considérables, en vue d'une expédition maritime, ne puisse pas, par une assurance, se mettre à couvert des chances inhérentes à son opération, et transformer, moyennant un sacrifice d'argent, son profit éventuel en profit acquis. A ce compte il faudrait, en matière d'assurances terrestres, prohiber l'assurance des récoltes contre la grêle et autres fléaux de la nature, car la récolte, jusqu'à sa maturité

L'assurance sur *loyers des gens de mer* est prohibée par le même article 347 et par la même raison : ce

---

et même à sa perception, est chose incertaine et aléatoire. Le contraire se pratique cependant tous les jours. Or pourquoi ne ferait-on pas pour le fret, fruit civil du navire, ce qu'on fait pour la récolte, fruit naturel de l'immeuble ?

II. Aussi s'est-on toujours soustrait en fait à l'application de la loi, et, par *polices d'honneur* (ainsi appelées, parce que les parties se fient en leur loyauté et *prud'hommie* réciproques), a-t-on toujours fait assurer, soit le fret, soit le profit des marchandises existantes à bord. Mais comme, d'autre part, ceci aurait pu dégénérer en abus, comme armateurs et chargeurs auraient pu, sous le nom de fret ou de profit espéré, faire assurer des sommes beaucoup plus considérables que celles qui étaient réellement engagées dans l'expédition, comme enfin le caractère du contrat aurait pu en être faussé, les assureurs ont pris leurs précautions, et ils ont limité au 60 p. 0/0 du fret total d'une part, au 10 p. 0/0 en sus de la valeur de la marchandise d'autre part, la double assurance du fret à faire et du profit espéré (voy. les art. 22 de la police française sur *corps*, et 15 de la police sur *facultés*). Et cela se conçoit ; en cas d'heureuse traversée l'armateur ne pourra faire son profit de l'entier fret ; il sera obligé d'en déduire certaines dépenses inhérentes à toute navigation, telles que salaires de l'équipage, droits et taxes, etc. (art. 354). Or ce n'est certes pas une évaluation exagérée que celle qui fixe le montant de ces impenses à 40 p. 0/0, c'est-à-dire aux deux cinquièmes du fret total. Il y avait une meilleure raison encore de circonscrire l'assurance, en ce qui concerne le chargeur ; le profit espéré, à la différence du fret,

n'est pas, pour les marins, la perte d'une chose déjà existante et acquise, mais la perte d'une espérance, d'une créance éventuelle.

---

est par lui-même indéterminé ; et en abandonner la fixation à l'assuré aurait été dangereux, car il aurait été trop porté à l'exagération, au risque même de payer une prime onéreuse. Il a donc fallu établir un moyen terme, en s'inspirant des données pratiques ; or, en thèse ordinaire, un bénéfice se montant à 10 p. 0/0 de la valeur primitive de la marchandise, est le moins que l'on puisse se proposer dans une expédition maritime. Ce bénéfice a donc été considéré comme légitime et partant comme pouvant être assuré.

III. Quoiqu'il en soit, un pareil état des choses devait éveiller l'attention du législateur. Il n'est jamais bien que la loi soit publiquement violée ; d'ailleurs ces polices d'honneur ne sont pas sans danger, comme toutes les choses dépourvues de sanction, et il peut survenir tel événement, comme la faillite de l'assureur ou de l'assuré, qui ramène forcément les parties à l'observation de la loi. Aussi dès 1865, lors du projet de réforme du livre II du Code de commerce, voulut-on remédier à cet état de choses. Dans une première rédaction, on abrogea purement et simplement l'article 347, en ne laissant subsister que l'article 334. Dans une seconde, pour répondre à certaines critiques émanées des tribunaux et chambres de commerce (voy. notamment observ. de la Chambre de commerce de Marseille, p. 66 et sq.), on autorisa expressément, par une disposition additionnelle, toutes les assurances prohibées par l'article 347, hormis celle de *sommes empruntées à la grosse*. On sait par suite de quelles circonstances ce projet n'a pas abouti. Heureu-

Car leurs salaires sont éventuels comme le fret ; ils ne leur sont dus qu'en cas d'heureuse arrivée ; ils constituent enfin quelque chose d'aléatoire (art. 258).

---

sement il vient d'être partiellement repris ; une loi du 28 juillet 1873, en abolissant de nouveau les surtaxes de pavillon, (un instant rétablies par la loi du 30 janvier 1872), établit, comme mesure de garantie ou de protection, qu'*il serait procédé, par une commission que le Gouvernement nommerait, à l'étude des moyens les plus efficaces de venir en aide à la marine marchande et d'assurer sa prospérité.* Parmi les moyens proposés à cet effet, a figuré la modification de certains articles du Code de commerce, parmi lesquels l'article 347 ; de là est sorti un projet de loi, adopté par le Sénat le 5 février 1877, qui, pour nous cantonner dans la matière présente, autorise expressément l'assurance du *fret à faire* et du *profit espéré.* Les choses en sont là ; la Chambre des députés, pour des causes diverses, n'a pu être encore saisie de la question ; mais tout fait présumer qu'elle ne refusera pas son adhésion au mouvement d'opinion qui s'est produit sous ce rapport, et consacrera la réforme projetée.

IV. Peut-être serait-il à souhaiter qu'on allât au-delà ; que le législateur, en autorisant l'assurance du fret, déterminât d'abord, comme l'a fait la pratique, la mesure dans laquelle cette assurance est licite, et indiquât surtout certaines conséquences qui doivent forcément s'ensuivre, dans l'application des autres règles de la matière. M. de Courcy a consacré à ces divers points des observations intéressantes et judicieuses, dans la deuxième série de ses questions de droit maritime, p. 389 et sq.

Du reste, indépendamment des principes du contrat, il y a un grand motif d'ordre public, qui est le danger

---

V. Quoiqu'il en soit de ces *desiderata*, l'article 347 est encore aujourd'hui la loi vivante, et, en cas de contestation, les tribunaux devraient, comme ils l'ont toujours fait du reste, en imposer l'entière et sincère application. Mais, au sujet même de cette application, on a toujours distingué, en ce qui concerne le fret, entre le *fret à faire* et le *fret acquis*, c'est-à-dire, d'une part, le fret éventuel, subordonné pour son acquisition aux fortunes de mer, et, d'autre part, le fret payé d'avance et acquis à tout événement; l'assurance du premier est nulle, mais non celle du second. L'article 347 ne fait pas sans doute *in terminis* cette différence ; il vise d'une façon générale le *fret des marchandises existantes à bord*. Mais on sait qu'à la suite de controverses qui avaient éclaté dans l'ancien droit, et pour couper court à des difficultés pratiques, une déclaration royale intervint le 17 août 1779, qui permit l'assurance du *fret acquis*. Et bien que le Code n'ait pas reproduit textuellement la disposition, il n'est pas douteux qu'elle ne soit dans son esprit, comme le prouve l'article 320 du titre du *contrat à la grosse*. La chose n'est du reste pas contestée dans son principe ; la difficulté ne s'est présentée que lorsqu'on en est venu à l'application. Si le fret est en effet véritablement acquis, il n'est plus, à cause de cela même, sujet à des risques de navigation, il ne court plus de chances de perte par suite de ces risques, et partant il ne se prête plus à une assurance maritime (art, 334). Et si par contre il est exposé à ces risques, alors il n'est plus acquis, et l'assurance qui pourrait en être faite tombe forcément sous le coup de l'article 347. Aussi les auteurs qui ont écrit sous l'empire de la déclaration de 1779 ont-ils renoncé à compren-

que la pratique de pareilles assurances entraînerait pour la navigation.

---

dre la disposition, ou du moins ont-ils cru que, sous forme d'assurance, le législateur avait ici autorisé une espèce de gageure (Emérigon, t. I, p. 225 et sq, et t. II, p. 628 ; Estrangin, p. 52 et sq.). Il était réservé à la pratique moderne de trouver une application de l'assurance du fret acquis dans le cas suivant : l'armateur ou le capitaine d'un navire insèrent, dans leurs accords avec le chargeur, une clause, aux termes de laquelle le fret leur sera acquis à tout événement, c'est-à-dire ne sera pas perdu en cas de naufrage, contrairement à l'article 302. Le chargeur, placé par cette convention sous le coup d'une obligation ferme, fait assurer la somme dont s'agit, ou plutôt la comprend dans son assurance des facultés ; ce déboursé constitue en effet pour lui une addition à la valeur de la chose. Mais comme tout ceci ne se fait en somme que pour le fréteur, puisqu'il aurait suffi au chargeur de rester sous l'empire de l'article 302, on lui impose la charge de la prime d'assurance, et on la déduit du fret à lui payé.

Nous avons déjà eu l'occasion de nous expliquer sur cette combinaison, qui a été, jusqu'à ces derniers temps, très en faveur dans la pratique, parce qu'on y a vu un moyen ingénieux de tourner la disposition de l'article 347 (t. II, 177 et 178). En effet, d'une part, le fret est ici acquis, puisqu'il ne dépend plus des événements de la navigation, d'autre part, il se prête à une véritable assurance, parce que, se confondant avec la marchandise, faisant partie de sa valeur, il court les mêmes risques de navigation que celle-ci. — Tout cela n'est cependant vrai qu'en apparence, et la régularité de la forme n'a servi qu'à déguiser le vice du fond. Tout revient en

On n'a pas voulu qu'armateurs, chargeurs et marins missent complétement à couvert leurs intérêts par des assurances.

---

effet à savoir dans l'intérêt de qui l'assurance est faite. Si elle l'est dans l'intérêt du chargeur, le contrat est valable, mais alors il ne s'agit pas plus de *fret acquis* que de *fret à faire ;* il s'agit d'un excédant de frais venant s'ajouter à la chose, augmentant sa valeur, et qui dès lors peut être assuré en même temps qu'elle. Mais si c'est dans l'intérêt du fréteur, il y a là, à n'en pas douter, l'assurance du fret, et qui plus est, l'assurance du *fret à faire*, puisque, si le fret était véritablement acquis, il n'aurait pas besoin d'être assuré, et par conséquent nous nous trouvons replacés sur le terrain de l'article 347. Or, ce qui prouve qu'il en est bien ainsi, et que c'est bien dans l'intérêt du fréteur que l'assurance est pratiquée, c'est : 1° qu'il en paye la prime ; 2° que le chargeur qui n'est ici qu'un assuré nominal, n'aurait, pour le redire, aucun besoin d'une combinaison semblable pour sauvegarder ses intérêts ; il lui suffirait de ne point déroger, en ce qui le concerne, à la disposition de loi.

Il va sans dire que la solution devrait être la même dans le cas où le chargeur ne ferait pas assurer les avances qu'il aurait faites ou le fret qu'il aurait payé, où il se contenterait de se retenir un *boni* sur la somme à payer, en compensation du sacrifice par lui consenti. L'opération n'en serait pas moins une assurance, dans laquelle le chargeur figurerait comme assureur, et où la déduction qu'il aurait faite sur le fret équivaudrait à une véritable prime d'assurance. Cpr. sur la question, en sens divers, Aix, 7 juin, et Marseille, 10 novembre 1858 ; Marseille, 15

Ils seraient restés sans intérêt à la conservation du navire et du chargement ; pour les maintenir soigneux, une prohibition à ce sujet et dans une certaine limite était nécessaire.

C'est bien assez qu'armateurs et chargeurs soient désintéressés pour le capital.

Autrefois même, dans ce but, ils devaient courir un risque du dixième ; aujourd'hui il faut les intéresser au moins par l'espoir du bénéfice. (153)

---

mai 1868; cass., 22 avril, et Bordeaux, 24 juillet 1872; Havre, 6 avril 1873 (*J. M.*, 36, 1, 284, et 380, 1868, 1, 229).

VI. La même question que celle ci-dessus discutée s'est posée au sujet du profit des marchandises, et là aussi il a été difficile de trouver la véritable ligne de démarcation entre le *profit acquis* et le *profit espéré*. Sans rentrer sous ce rapport dans des développements que nos précédentes explications rendent complétement inutiles, nous dirons que le profit acquis est celui qui existe, qui se trouve réalisé au moment même de la convention d'assurance, le profit espéré, celui qui est simplement attendu, escompté, et ne doit se produire qu'après coup. Le premier peut être assuré, conjointement avec la chose ou séparément, car il fait d'ores et déjà partie de la valeur de cette chose ; le second ne le peut pas, car il n'est encore qu'éventuel, et si vraisemblable qu'il puisse paraître, la réalisation n'en a pas fait encore un bien acquis. Voy. la note 124 ci-dessus, p. 383 et 384.

(153) De nouvelles idées se sont également fait jour ici, et la proposition de loi, dont nous venons de parler, s'inspirant du

Nous avons vu qu'à la différence du preneur à la grosse, qui ne peut faire assurer les sommes par lui

---

projet de 1865, a, sous ce rapport aussi, dérogé à l'article 347, et autorisé, de la part des gens de mer, l'assurance de leurs loyers. Ceci n'a pas été cependant sans soulever de vives critiques. On a fait remarquer qu'en fait ces assurances étaient peu pratiquées, et par conséquent peu réclamées par les besoins du commerce. *Lorsque les gens de mer*, dit M. de Courcy, *seront assez prévoyants pour rechercher ces sortes d'assurances, ils seront plus prévoyants encore, ils renonceront à la mer.* On a ajouté qu'elles auraient pour conséquence de détruire chez les marins tout esprit de dévouement et de sacrifice (Chambre de commerce de Marseille, *observ.*, p. 68, de Courcy, *op. cit.*, p. 392 et sq.). Dans le système nouveau ci-dessus rappelé, il y a même mieux à objecter ; c'est que les marins étant assurés du paiement de leurs loyers jusqu'au jour du naufrage ou de la perte du navire (par dérogation à l'artiele 258), n'ont aucun intérêt à se faire assurer ; ce sont des loyers acquis. M. Grivart a supposé, il est vrai, dans son rapport, que les gens de mer pourraient contracter une assurance sur la totalité de leurs loyers, et s'en couvrir en quelque sorte par avance, quoi qu'il arrive. Mais c'est une erreur ; l'assurance ne vaudra jamais que jusqu'à concurrence des loyers échus jusqu'au jour du sinistre ; le restant, savoir les loyers à courir jusqu'à l'expiration du voyage, est un pur bénéfice dont l'assurance ne saurait être permise, puisqu'il n'est acheté par rien. Or, s'il convient de se montrer facile dans l'application, lorsque le bénéfice est légitime, lorsque l'assuré, d'une façon ou d'une autre, est, par la survenance du sinistre, constitué en perte, il n'en faut pas moins continuer à proscrire les conventions qui, sous forme

empruntées, le donneur pouvait faire assurer les sommes par lui prêtées, parce qu'il en courait le risque.

Mais ce donneur, qui peut ainsi faire assurer son capital, peut-il aussi faire assurer son profit nautique ?

Non, l'Ordonnance le prohibait par son article 62 du titre des *assurances*, et le Code de commerce a reproduit cette disposition dans l'article 347 *in fine*.

Pourquoi ?

Toujours par la même raison ; c'est un gain que ce donneur risque de faire, non une perte, comme son capital.

D'ailleurs ce profit n'est toléré si considérable, qu'à cause de la chance de n'en rien recevoir.

S'il était certain dans tous les cas, il y aurait usure.

C'est l'avis général (Valin, t. II, p. 62 ; Emérigon, t. I, p. 244 ; Pothier, p. 40 ; Pardessus, t. III, p. 256, etc.).

Ailleurs cela est permis, notamment en Angleterre.

Cela avait été réclamé par la Cour de cassation, le

---

d'assurances, ne sont qu'une loterie déguisée. Or, c'est le cas de l'assurance des loyers ainsi entendue. « *Supposez*, dit encore M. de Courcy, *que le navire se perde le lendemain du départ; où est le préjudice pour les hommes de l'équipage? Ils ont reçu trois mois d'avance, et avant trois mois ils auront trouvé un autre engagement.* LE PRINCIPE DE L'INDEMNITÉ DISPARAIT.

Tribunal et la Chambre de commerce de Nantes (Locré, *ibid.*).

Ces tribunaux prétendaient que cela ferait modérer le taux du change.

Mais cela n'a pas été admis. (153)

---

(153) Même remarque que ci-dessus : la *légitimation* de l'assurance sur le fret devait entraîner celle de l'assurance sur le *profit maritime*, car il y a même opération dans les deux cas. Aussi le nouveau projet a-t-il dérogé à l'article 347 sous ce rapport comme sous tous les autres. La pratique a du reste indiqué, ici encore, la voie au législateur, et l'assurance du profit maritime est presque aussi couramment pratiquée que celle du fret.

FIN DU PREMIER VOLUME DES ASSURANCES



TABLE MÉTHODIQUE

DES MATIÈRES CONTENUES DANS CE VOLUME

CHAPITRE VII

DES ASSURANCES

§ Ier

Notions générales

§ II

Nature et caractères juridiques du contrat d'assurance ; ses principes fondamentaux, ses règles légales

§ III

Formes internes et externes

§ IV

Ce qu'on peut faire assurer

FIN DE LA TABLE MÉTHODIQUE

TABLE DES ARTICLES

DU TITRE DES ASSURANCES

DONT LE COMMENTAIRE SE TROUVE DANS CE VOLUME

